

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEI RAPPORTI ECONOMICI E
DI LAVORO**

XVII CICLO

**AUTONOMIA CONTRATTUALE E REGOLAMENTO DEI
DIRITTI REALI**

**TUTOR
CH.MO PROF.
BIAGIO GRASSO**

**CANDIDATA
DOTT. SSA
GIOVANNA COSCIA**

CAPITOLO I

IL DIRITTO REALE NEL SISTEMA DEL DIRITTO SOGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Enunciazione dell'istanza metodologica fondamentale consistente nel sottoporre a revisione critica il diffuso orientamento dottrinale di cieca fedeltà alle categorie pandettistiche delle situazioni giuridiche soggettive. Negazione di ogni costruzione ontologica del diritto soggettivo che esprime non altro che la figura di qualificazione creata dall'ordinamento in presenza dell'interesse di un soggetto al bene, reputato meritevole di tutela. 2. La vicenda concettuale del diritto soggettivo, in generale, e del diritto reale, in particolare ovvero "guerra e pace" tra l'interno e l'esterno del diritto soggettivo. La principale stortura del concettualismo, che, da un lato, ha indotto a costruire la figura del diritto soggettivo sullo schema del diritto di proprietà e, dall'altro, attraverso un'inversione del processo logico deduttivo, ha fatto sì che lo stesso concetto di diritto soggettivo, così costruito, influenzasse la successiva elaborazione della categoria dei diritti reali limitati. 3. "Alla ricerca" di una soluzione all'enigma dei diritti reali. Impostazione del problema: a) se il concetto di diritto reale possa essere costruito su quello di diritto assoluto ovvero se possa essere ravvisata in ogni fattispecie di diritto reale una situazione giuridica concretantesi nel generale dovere di astensione a carico degli omnes; b) se, per converso, si possa operare una ricostruzione del diritto reale in termini di potere immediato, signoria avente ad oggetto una cosa. La critica alle concezioni personalistiche del diritto reale: la difficoltà di concepire un rapporto giuridico con gli omnes ovvero di identificare i soggetti giuridici del rapporto reale; di delineare l'esatta struttura ed il contenuto della situazione giuridica gravante sui soggetti passivi; di accertare l'esistenza di un legame di complementarità tra le due situazioni giuridiche, attiva e passiva; di rintracciare il proprium del dovere di astensione rispetto alla generale regola di condotta concretatesi nel divieto del *neminem laedere*. 4. Il fondamentale contributo del formalismo giuridico in ordine al superamento delle suggestioni esercitate dalla Pandettistica ed all'abbandono di ogni tentativo di costruzione ontologica del diritto soggettivo: la funzione della norma positiva come criterio esclusivo di regolarità formale dei comportamenti, fonte di qualificazione di fatti e comportamenti e non già come presupposto di comandi e divieti. La critica alle concezioni tese a valorizzazione il profilo contenutistico del diritto reale in termini di agere licere. 5. Continua: la critica alla concezione del diritto reale come situazione complessa, sintesi di diritti ed obblighi, che si esprime nella relazione qualificata di utilità tra soggetto e cosa. La vicenda concettuale della funzione sociale della proprietà: potestà e diritto soggettivo. 6. Esposizione dell'ipotesi ricostruttiva adottata nella soluzione all'enigma dei diritti reali: a) necessità di distinguere, in relazione a ciascuna situazione giuridica soggettiva, il profilo formale della fattispecie o figura di qualificazione, il cui momento di emersione va ravvisato nel riconoscimento da parte dell'ordinamento di un potere di agire diversamente strutturato alla stregua del parametro dell'interesse preso in considerazione – al conseguimento di un bene da utilizzare come risultato dell'altrui attività ovvero alla utilizzazione attiva del bene –, ed il profilo del regolamento del contenuto e dell'esercizio del potere in funzione di composizione ed organizzazione degli interessi antagonisti in ordine al bene che ne forma oggetto. 7. Continua: in particolare, l'inerenza come criterio qualificante della realtà, intesa nella sua essenza elementare, libera cioè dalle sovrastrutture concettuali tradizionali, come espressione della pura aderenza, permanenza del diritto sul bene e, quindi, dell'idea che il potere e le sue vicende siano in funzione del bene e delle sue vicende. I corollari dell'inerenza. Coerente sistemazione dei diritti reali di garanzia e del diritto del conduttore alla luce della proposta ricostruttiva adottata. 8. Continua: b) possibilità di rintracciare in tutti i diritti reali limitati un aspetto relazionale costante che collega il potere di utilizzazione del titolare del diritto reale limitato con la corrispondente limitazione originatasi in capo al proprietario al fine di consentire la costituzione del primo: la conformazione del contenuto del diritto reale limitato si pone come il risultato del temperamento degli opposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene. La regolamentazione, legale o convenzionale, del contenuto dei diritti reali non è che il regolamento di tale relazione di reciproca funzionalità tra situazioni giuridiche che esprimono contrapposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene.

1. – Un'indagine volta ad enucleare i limiti di esplicazione del potere dei privati nella regolamentazione delle situazioni soggettive reali non può che prendere le mosse dalla soluzione dell'enigma dei diritti reali¹ e passare attraverso la ricostruzione della vicenda concettuale del diritto reale al fine di rivedere criticamente l'opinione tradizionale che ha polarizzato le note differenziali dei diritti reali rispetto ai diritti di credito, sotto il profilo sociologico prima ancora che giuridico, intorno ai due momenti della "esclusione" come irrelazione, da un lato, e della cooperazione, dall'altro. E ciò appare possibile solo ove, accogliendo l'insegnamento gorliano², maturato nel corso di una crisi di pensiero, ci si liberi da ogni concettualismo e si abbandoni il tentativo ossessionante ed ossessionato della dottrina di "poter comprendere o spiegare il nostro diritto positivo sub specie dei concetti creati dalla scienza del diritto": essa infatti ha invertito il metodo scientifico di approccio al problema della ricostruzione della fattispecie del diritto reale che diventa un dato precostituito che si impone all'interprete nella sua rigidità concettuale anziché essere il punto di approdo della esegesi normativa³. In particolare, la difficoltà di conciliare la categoria dogmatica del diritto reale con le concrete fattispecie normative di diritti reali deriva dalla principale stortura del concettualismo, che, da un lato, ha indotto a costruire la figura del diritto soggettivo sullo schema del diritto di proprietà "poiché nella proprietà più che in ogni altro diritto sembrava realizzarsi quella libertà e signoria del volere che piega i beni al servizio della persona e dagli altri soggetti pretende solo l'astensione da ogni ingerenza"⁴ e, dall'altro, attraverso una inversione del processo logico deduttivo, ha fatto sì che lo stesso concetto di diritto soggettivo così costruito in termini di signoria della volontà, influenzasse la

¹ L'espressione è stata coniata da P. RESCIGNO, *Proprietà, diritto reale e credito*, in *Ius*, 1965, p. 472.

² Il riferimento è alla Prefazione di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, pp. I-XIII, in cui l'autore confessa l'inclinazione concettualistica da cui era stato rapito nella prima fase della propria attività scientifica e descrive il faticoso processo di ricerca della sua nuova identità di giurista, preoccupato di contestualizzare i risultati della ricerca nel tempo e nello spazio. In proposito, A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 416, parla di vero e proprio "caso Gorla" per sottolineare il travaglio intellettuale dell'insigne giurista la cui iniziale attività di ricerca, nel corso degli anni '30, si svolse sotto il segno del formalismo concettuale (le indagini sull'atto di disposizione dei diritti, sulle garanzie reali, sulla disciplina del rischio per impossibilità sopravvenuta); il concettualismo geometrico del Gorla, secondo Belfiore, non era una veste occasionalmente indossata bensì l'espressione puntuale e diretta di una specifica identità culturale di quell'epoca, comune ad altri insigni giuristi (Arangio Ruiz, Nicolò, Barassi, Barbero, Giorgianni). Per una critica rigorosa a tale atteggiamento del pensiero scientifico italiano degli inizi del vecchio secolo, si leggano le attente pagine di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1950, p. 50 ss.

³ Denunciano le distorsioni di tale inversione metodologica sia S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXXV, Palermo, 1975, p. 44; che M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 1 ss.

⁴ Così P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 45.

successiva elaborazione della categoria dei diritti reali limitati, riguardata attraverso il filtro deformante di tale concetto⁵; lo sforzo immane della dottrina posteriore è consistito appunto nella affannosa distinzione tra questa e quella signoria sulla cosa in guisa da rintracciare delle peculiari caratterizzazioni delle singole fattispecie di diritti reali.

L'analisi del sistema normativo dei diritti reali condotta alla luce dell'istanza metodologica posta alla base della presente ricerca e consistente nella negazione di ogni costruzione ontologica, impone, da un lato, un ripensamento della categoria del diritto reale strutturata tradizionalmente su una "obligation passive universelle"⁶, posta a carico cioè di tutti i terzi che sarebbero tenuti a rispettare la situazione reale e, d'altro canto, fa emergere quella che può essere definita come la doppia anima del diritto reale in particolare e del diritto soggettivo in generale. S'intende con ciò porre in evidenza, come sarà dimostrato in seguito, la necessità di distinguere, in relazione a ciascuna situazione giuridica soggettiva, il profilo formale della fattispecie o figura di qualificazione il cui momento di emersione va ravvisato nel riconoscimento da parte dell'ordinamento di un potere di agire diversamente strutturato alla stregua del parametro dell'interesse preso in considerazione – al conseguimento di un bene da utilizzare come risultato dell'altrui attività ovvero alla utilizzazione attiva del bene – ed il profilo del regolamento del contenuto e dell'esercizio del potere in funzione di composizione ed organizzazione degli interessi antagonisti in ordine al bene che ne forma oggetto. Il fondamentale ausilio offerto dal

⁵ F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 13 ss., oltre a sottolineare come sul diritto reale pesi tutto il riflesso negativo della indicata concettualizzazione, rileva come l'aver orientato l'analisi intorno alla figura della proprietà ha dato luogo ad una accentuata forma di trascuratezza delle altre situazioni reali come, del resto, emerge in maniera eclatante dalla stessa intestazione del III libro del codice civile che, pur contenendo la disciplina di tutti i diritti reali di godimento, è incentrata intorno al solo diritto reale maggiore. Concordano sul fatto che la proprietà ha assunto un ruolo paradigmatico rispetto agli altri diritti reali limitati al punto da trasfondere in essi i suoi aspetti qualificanti V. ARANGIO RUIZ, voce *Ius in re aliena*, in *Dizionario pratico del dir. priv.*, fondato da V. Scialoja, III, p. II, Milano, 1932-1936, p. 121, il quale sottolinea come la concezione corrente dei diritti reali "tiene dietro una generalizzazione affrettata, effetto della comune tendenza a costruire sopra il caso privilegiato della proprietà tutta la dottrina dei diritti reali"; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 18, il quale incisivamente rimarca quel procedimento di astrazione dalla proprietà della categoria del diritto reale, in particolare, e del diritto soggettivo, in generale; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, I, Milano, 1976, p. 1. ss.; M. COMPORTI, *Contributo*, op. cit., p. 4 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.; P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali. Appunti dalle lezioni*, Torino, 1999, p. 13 ss.

⁶ L'espressione è divenuta famosa grazie all'opera di S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parigi, 1960, p. 32 ss., ma sul punto si erano già espressi suoi predecessori.

formalismo giuridico⁷, grazie alla sua rigorosa distinzione tra elemento formale ed elemento materiale del diritto, consentirà poi di dimostrare come sebbene ciascuna figura di qualificazione si atteggi a concetto essenzialmente irrelato, in relazione all'elemento materiale ossia al presupposto, all'oggetto e al contenuto delle figure di qualificazione è tuttavia possibile individuare un aspetto di interferenza o relazione come corrispondenza o coincidenza tra due o più attività giuridicamente qualificate in ordine ad un medesimo bene, che costituisce l'ambito di esplicazione del regolamento contrattuale.

2. – È opinione comune tra gli studiosi dell'ordinamento romano⁸ che il diritto reale come diritto soggettivo avente ad oggetto una res – ius in re – non fu un concetto di elaborazione dei giuristi antichi in quanto il diritto romano classico, riluttante ad ogni sorta di astrazione concettualizzante, si fondava sopra un sistema di azioni più che su un sistema di diritti soggettivi o, meglio ancora, di rapporti giuridici. Del resto, la stessa contrapposizione tra actiones in rem e actiones in personam non può affatto considerarsi come la proiezione processuale dell'antitesi sostanziale tra diritti reali e di credito⁹, soprattutto se

⁷ Il riferimento è al formalismo giuridico di A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*. Studi, Milano, 1963, passim.

⁸ In tal senso, ex pluribus, V. ARANGIO RUIZ, voce *Ius in re aliena*, op. ult. cit., p. 117 e ss. nonché ID., *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Foro it.*, 1934, IV, c. 49 ss.; G. PUGLIESE, voce *Diritti reali* (VII. Diritti soggettivi. b), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 755 ss. Sul punto, si leggano altresì le pagine dedicate alla ricostruzione storica della evoluzione del concetto di diritto reale in M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 5 ss. In senso contrario, A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 2^a ed., 1988, p. 4 ss., il quale, dopo aver sottolineato come i Romani conobbero e applicarono la figura del diritto reale e così pure la distinzione tra diritti reali e diritti di credito, "con un valore ed un significato analogo a quelli attuali", arbitrariamente, ad avviso di chi scrive, identifica tale valore nella "opponibilità" della situazione reale nei confronti di chiunque al fine di disporre di un argomento storico ad adiuvandum rispetto alla propria ipotesi ricostruttiva; nonché, V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 1048, il quale arriva a sostenere che "il diritto soggettivo si sia affermato come realtà della volontà umana atteggiata nella forma giuridica nell'ambito della grandiosa esperienza storica, esemplare per la scienza giuridica, quale fu il diritto romano".

⁹ Il risultato sintetizzato nel testo viene chiaramente messo in evidenza sia da G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 756 ss. che da V. ARANGIO RUIZ, op. ult. cit., p. 118 ss., il quale, in particolare, sottolinea come non sia originale ma interpolata dai successivi glossatori l'espressione *ius in re* che si trova in D. 39, 3, 9, ove si distingue "*sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant*" che si traduce più esattamente "o che siano proprietari o che abbiano diritto a fare alcunché circa quella cosa (c. a.) e "questo modo (non certo elegante) di esprimersi non contiene altro che il tratto fondamentale comune delle formule processuali costruite su un "*si paret A° A° ius esse (fundo cornelianiano utendi fruendi, per f. C. eundi, agendi, e simili)* ed è quindi privo di ogni valore dogmatico". Piuttosto, sin d'ora merita di essere sottolineato come emerga un dato comune dalle pagine degli insigni romanisti, che consente di

questa sia riguardata nella prospettiva della concezione personalistica del diritto soggettivo.

I primi sintomi del concettualismo si ebbero piuttosto nell'opera dei Glossatori e dei successivi Commentatori, i quali utilizzarono

assecondare i primi colpi all'edificio della concettualizzazione giuridica del diritto reale come diritto sul bene opponibile erga omnes, strutturata sul paradigma deformante della proprietà: la valorizzazione, sia pure da una prospettiva processualistica, della fondamentale dimensione di rapporto tra sfere giuridiche determinate che caratterizza la struttura dei diritti reali limitati, che costituirà uno dei risultati della presente ricerca. Innanzitutto, G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 757, pone in evidenza come l'actio in rem in epoca arcaica fosse esclusivamente uno strumento di tutela del mancipium, che lungi dall'identificarsi con la nostra nozione di proprietà, esprimeva, com'è noto, la signoria del pater familias su cose, persone ed animali rientranti nella sua sfera di comando. Fu solo in una fase successiva che tale unitaria signoria si disgregò nelle sue componenti e subentrarono, da un lato, il dominium come potestà essenzialmente economica sulle res Mancipi e nec Mancipi, le potestà familiari, l'hereditas, e quindi i iura praediorum. Orbene, l'autore sottolinea come l'unica omogeneità tra le varie situazioni affermate da chi agiva in rem consistesse nell'assenza di un'obligatio, di un oportere a carico del soggetto passivo, giacché, dal punto di vista positivo, l'actio in rem si divideva, nelle formule e nei presupposti di legittimazione, a seconda che enunciasse l'appartenenza all'attore di una cosa ovvero la spettanza di un diritto (ius utendi fruendi, eundi, etc.) facendo così emergere una netta contrapposizione tra la struttura proprietaria e quella degli altri iura in re aliena. Il merito di V. ARANGIO RUIZ, op. ult. cit., p. 120 ss. nonché ID., La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano, in Arch. giur. "Filippo Serafini", 1908, 3ª serie, vol. X, p. 361 ss. nonché 1909, vol. XI, p. 417 ss.) sta nell'aver acutamente posto in rilievo, lungo codesta direttrice, la contrapposizione tra i presupposti della rei vindicatio e della vindicatio servitutis e di aver ricavato dalla medesima interessanti spunti ai fini della corretta individuazione della struttura dei diritti su cosa altrui nel diritto romano e in quello attuale. L'insigne romanista, nell'appuntare i suoi rilievi critici contro la corrente personalistica dei diritti soggettivi (su cui, infra, § 3), allora affermata in Italia con particolare vigore dal Perozzi, che costruisce il diritto reale come fondato su un dovere negativo di astensione gravante su tutti i consociati, sottolinea come essa, influenzata dal paradigma deformante del diritto di proprietà abbia trascurato la considerazione degli altri diritti reali limitati ed in specie delle servitù. In realtà, a quanti fanno derivare da questo generale dovere di astensione, che connoterebbe la posizione passiva dei diritti reali, la conseguenza che il titolare possa esercitare il proprio diritto contro qualunque possessore, la dottrina qui esaminata fa notare come la competenza all'azione contro il possessore è cosa completamente diversa secondo che si tratti di rei vindicatio ovvero di vindicatio servitus. Infatti, ad avviso dell'autore quando, da un lato, si dice che la rei vindicatio spetta contro il possessore della cosa s'intende che "costui è convenuto perché possessore (c. a) in quanto il possesso stesso rappresenta la violazione del diritto del proprietario", quando, dall'altro lato, si afferma che spetta contro il possessore del fondo servente la vindicatio servitus, si intende che "soltanto il possessore si può mettere in condizione da rendere esperibile contro di sé l'azione". E poiché al requisito del possesso si deve aggiungere quello della violazione del diritto altrui, l'autore ne inferisce che "soltanto il possessore (più esattamente il proprietario del fondo servente) è tenuto ad osservare un certo contegno di fronte al titolare della servitù" (c. m.). Del resto, dalle fonti romane emerge certamente la spettanza dell'azione reale a tutela della servitù a favore del dominus del fondo dominante e contro il dominus del fondo servente. Eclatante in tal senso è il frammento D. 8, 5, 6, 3, che si riferisce specificamente alla servitus oneris ferendi ma ne estende il dettato a tutte le servitù prediali: "haec autem actio (...) non alii competit quam domino medium et adversum dominum, sicut citerarum servitutium intentio".

l'espressione *ius in re* per designare unitariamente tutte le situazioni giuridiche affermate con l'esercizio dell'*actio in re*¹⁰ finendo tuttavia con l'accomunare in quell'unico concetto i nuovi istituti feudali e canonici (prebende e benefici)¹¹ nonché alcuni vincoli affermatasi nel diritto

¹⁰ Concordi sul punto, G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 760 ss.; V. ARANGIO RUIZ, op. ult. cit., p. 117 ss.; M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 6 ss.; E. BESTA, I diritti reali sulle cose nel diritto italiano, Milano, 1964, p. 20 ss. Indicativo in tal senso un frammento del *Brachilogus iuris civilis* (4, 21) ove si trova affermato che "*quod si in re sit actio, ei competit, qui ius in ea re, que petitur habere dignoscitur*"

¹¹ Va segnalato come la dottrina canonistica e feudistica elaborò, accanto al concetto di *ius in re*, quello di *ius ad rem* o *in rem* per individuare la situazione di chi era stato designatus o electus ad un feudo, un beneficio o una prebenda prima dell'effettiva collatio o immissione in possesso. L'espressione divenne successivamente di uso generalizzato per designare il credito di dare ovvero il diritto di natura obbligatoria all'acquisto di un bene come quello spettante al compratore nella *emptio-venditio* prima della *traditio*. In tal modo, ancora una volta, si creava una deprecabile interferenza tra istituti di origine romanistica ed altri medievali. In realtà il processo di generalizzazione del concetto di *ius ad rem* venne condotto fino al punto da costruire su di esso "una categoria generale del pensiero giuridico che abbracciava tutte le obbligazioni e quindi da ritenere che essa, unitamente alla categoria del *ius in re*, esaurisse quella più vasta del diritto patrimoniale (*ius circa rem*)". In tal senso, V. ARANGIO RUIZ, voce *Ius in rem* o *ad rem*, in *Diz. pratico del dir. priv.* III, p. II, cit., p. 129 ss. Va rilevato come una parte della dottrina moderna (A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 327 ss.; M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 1 ss.; R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 141 ss.; A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999, p. 19 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 100 ss.) ha cercato di rivitalizzare la figura del *ius ad rem* nell'ambito dello studio delle fattispecie della proprietà nell'interesse altrui (si pensi, ad esempio, alla proprietà del mandatario, in caso di mandato ad acquistare senza rappresentanza, obbligato a ritrasferire ai sensi dell'art. 1706 c.c. ovvero quella di chi ha promesso di trasferire in forza di contratto preliminare o, ancora, la proprietà del fiduciario, secondo il modello della fiducia romanistica), caratterizzata dal fatto che il titolare non può modificare lo stato giuridico e materiale della cosa, ed anzi è tenuto a custodirla e conservarla nell'interesse dell'avente diritto al trasferimento. Si è in presenza di un titolare formalmente pieno nelle sue prerogative tradizionali che, tuttavia, non può soddisfare tutti gli interessi normalmente legati allo sfruttamento del bene oggetto del suo diritto, sia per quanto concerne il suo valore d'uso, sia per quanto concerne il suo valore di scambio, ed è tenuto ad un comportamento strumentale al soddisfacimento di un interesse alieno. Di fronte a questo proprietario "anomalo" starebbe un creditore (di dare) altrettanto "anomalo". Si tratta di un creditore che può molto di più di un normale creditore: egli gode di una tutela assai particolare, quasi reale, che avvicina la sua posizione a quella del titolare di un diritto reale. Tanto per cominciare, può ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo di trasferire che grava sul debitore, ai sensi dell'art. 2932 c.c. Un'autorevole dottrina (M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, I, p. 64 ss.; ID., *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 853 ss.) ha sostenuto l'applicazione della norma a tutte le ipotesi di obbligazione di dare e non solamente a quella che sorge dal contratto preliminare. Con tale disposizione il legislatore avrebbe inteso "garantire al «creditore» di un bene — e non soltanto al «proprietario» — il raggiungimento del bene, e non semplicemente il surrogato del risarcimento del danno che costituiva l'unico tradizionale rimedio che la legge riusciva a garantire". Ma è per effetto della riconosciuta possibilità di trascrivere la domanda

consuetudinario germanico (le Reallaste od oneri reali). Il processo di alterazione degli istituti romano-classici trovò il suo punto eclatante di emersione nella riconduzione nella medesima categoria degli iura in re dello stesso dominium, che venne definitivamente formalizzata dalla scuola dei sistematici francesi¹²: "in rem privatam ius habent duo hominum genera: dominus rei et si qui sunt, quibus ex iure dominico aliquid in usu tribuitur"¹³.

La dottrina dei diritti reali, incentrata sul concetto di potere diretto ed immediato del titolare sulla cosa, secondo le più compiute raffigurazioni della trattatistica francese e tedesca, a cavallo della codificazione napoleonica¹⁴, ebbe modo di germogliare vigorosamente grazie al terreno fertile delle speculazioni giusnaturalistiche e razionalistiche¹⁵. Nel sistema giuridico costruito sulla base di tali concetti filosofici il diritto soggettivo, che ne costituisce il fulcro, è inteso essenzialmente come potere della volontà del soggetto¹⁶ e la

volta ad ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo di dare, cui oggi si aggiunge anche la possibilità di trascrivere immediatamente il contratto preliminare di vendita immobiliare, che è consentito al creditore di dare di "afferrare la cosa in contesa con la stessa forza con cui potrebbe farlo il titolare di un vero diritto reale sulla medesima" (così, L. FERRI, La trascrizione immobiliare, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro sesto. Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2696), Bologna-Roma, rist., 1977, p. 260).

¹² In tal senso G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 760.

¹³ È la definizione contenuta in U. DONELLO, De iure civili, II, 8, in Opera Omnia, Napoli, 1762-1766.

¹⁴ Si veda, in particolare, l'ampia rassegna dottrinale contenuta in G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 764, nt. 43.

¹⁵ Al centro del sistema giuridico costruito dai giusnaturalisti venne posto l'individuo, assunto come il soggetto del diritto, il soggetto delle cui qualità, dei cui attributi, delle cui attività giuridiche si discorreva di guisa che tutte le situazioni giuridiche vennero a risolversi in diritti soggettivi ed il sistema del diritto divenne il sistema dei diritti soggettivi, concepiti come iura connata che il diritto si limita solo a riconoscere e tutelare. Per una ricostruzione puntuale della emersione e della evoluzione del concetto di diritto soggettivo si leggano le ottime pagine di R. ORESTANO, Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale, in Jus, 1960, p. 149 ss., specie 160. Appare, del resto, evidente, appena si ponga mano alle opere dei filosofi giusnaturalisti dell'epoca che proprio alla proprietà spetti un indiscusso posto centrale nell'organizzazione sociale e quindi nel sistema dei diritti. "La proprietà è un diritto naturale dell'individuo – quindi indipendente dalla organizzazione statale – perché essa rappresenta il più immediato campo d'azione dell'individuo, senza del quale ogni sua formale indipendenza ed autonomia sarebbe resa del tutto vana. Solo in quanto è proprietario l'individuo è sufficiente a se stesso e può resistere a tutte le invadenze degli altri individui e dello Stato." In questi termini si esprime R. DE RUGGIERO, Storia del liberismo europeo, Bari, 6ª ed., 1959, p. 28. questo modo di intendere la proprietà ed il diritto soggettivo in genere è frutto del potente connubio tra la filosofia giusnaturalistica ed il liberismo economico della fine dell'Ottocento.

¹⁶ La definizione del diritto soggettivo come potestà o signoria del soggetto viene accreditata a F. C. SAVIGNY, Sistema del diritto romano attuale, trad. it. V. Scialoja, Torino, 1889, I, § 4, p. 36, il quale, in realtà, non si esprime propriamente in questi termini, limitandosi ad affermare che molti chiamano diritto in senso soggettivo quel "potere che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa regna, e regna col nostro consenso". Piuttosto la definizione compiuta di diritto

proprietà appare in tutta la sua evidenza il fundamentalissimo¹⁷ tra i diritti soggettivi, caratterizzato dal fatto che il potere della volontà del titolare si atteggia a signoria sulla cosa, "decisione per una cosa"¹⁸. Non ci vuole molto a comprendere che il diritto soggettivo, concepito come potestà del volere, quasi che la volontà divenga essa medesima la fonte del potere giuridico, si presenti come un'illusione¹⁹, una nozione metafisica²⁰ che si pone al di sopra e al di fuori di ogni diritto positivo e storico. In quest'atteggiamento di pensiero è evidente l'exasperazione di quella metodologia che all'inizio della presente indagine è stata a lungo deprecata in quanto tendente ad isolare artificiosamente i concetti dal dato normativo ed ordinamentale che deve conservare invece una rilevanza primaria. Il diritto soggettivo come entità giuridica, invero, nasce dalla norma, che costituisce l'esclusivo criterio di qualificazione delle situazioni giuridiche²¹ e non già dalla volontà, la quale in sé considerata è un elemento di fatto, il mezzo per l'esplicazione dell'attività garantita dalla norma, la condizione di fatto perché si producano gli effetti giuridici che da essa derivano²². Di ciò ha

soggettivo viene fornita da B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, 1ª trad. it., con note a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1902, vol. I, p. I, § 37, p. 170: "un diritto è una podestà o signoria della volontà (impartita dall'ordine giuridico)". Ci soffermeremo più avanti sui rapporti tra diritto soggettivo ed oggettivo. Quanto al substrato giusnaturalistico di tale concezione che identifica la potestà del volere ora in una *qualitas moralis personae competens*, ora in una *potentia moralis*, ora in una *facultas*, si veda R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 161.

¹⁷ L'espressione si legge in U. NATOLI, *La proprietà*, op. cit., p. 1.

¹⁸ Così, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, op. cit., p. 175, il quale, in linea con i risultati della presente ricerca, distingue il diritto di proprietà in forza della quale la volontà del titolare è decisiva per la cosa nella universalità dei suoi rapporti dai diritti sulla cosa altrui, in forza dei quali, invece, la volontà non è decisiva per la cosa che sotto un singolo rapporto (c. m.)".

¹⁹ La grande illusione della Pandettistica consistette, secondo R. ORESTANO, op. ult. cit., p. 159, nel trasportare dal piano filosofico naturalistico al piano giuridico positivo l'idea dell'individuo-soggetto del diritto con tutti i suoi attributi e predicati e di poter costruire sulla potestà di volere il sistema giuridico.

²⁰ Una simile accusa è stata formulata, per la prima volta, da L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione individuale dello Stato*, trad. it., Firenze, 1950, p. 4. Per una critica alla impostazione di Léon Duguit e di quanti hanno tentato di dimostrare l'inconsistenza e l'inutilità del concetto di diritto soggettivo, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 49 ss.

²¹ Riconoscono nella norma l'esclusivo criterio di regolarità dei comportamenti, A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione* (1936) in *Formalismo e sapere giuridico*. Studi, Milano, 1963, p. 345 ss., specie, 389 ss. nonché U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 3 ss. Sul punto si tornerà più avanti, nel § 4.

²² In tal senso S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, op. cit., 56-57. alla obiezione sistematica esposta nel testo sul modo di intendere il diritto soggettivo come signoria della volontà, se ne sono affiancate ulteriori di ordine più propriamente tecnico. Innanzitutto, nella prospettiva criticata non si riesce a spiegare come i soggetti incapaci di intendere e do volere possano essere titolari di diritti soggettivi; come sia possibile acquistare diritti senza averne consapevolezza ovvero come sia possibile acquistare diritti senza volerne il contenuto. Si vedano, sul punto, per più ampie riflessioni, S. PUGLIATTI, op. ult. cit., p. 55 ss.; nonché U. NATOLI, *Il diritto*

acquistato consapevolezza la dottrina successiva che ha cercato di operare la saldatura tra il diritto soggettivo e quello oggettivo. Eclatante è in tal senso la posizione di uno dei massimi esponenti della Pandettistica, Bernard Windscheid, il quale pur mantenendo ferma la propria definizione di diritto soggettivo in termini di "Willensmacht oder Willensherrschaft", nell'ultima edizione delle sue Pandette, arriva a riconoscere, in seguito alle sollecitazioni di August Thon, che la volontà imperante nel diritto soggettivo è soltanto la volontà dell'ordinamento giuridico, non la volontà del titolare²³ – finendo così per adottare una posizione ambigua di compromesso.

All'esito del processo storico di superamento del pensiero giuridico fondato sul giusnaturalismo si colloca una nuova concettualizzazione che costituisce il rovesciamento della precedente: l'obiettivizzazione del diritto soggettivo cede il passo alla soggettivizzazione del diritto obiettivo, in cui questo viene ad assumere il valore di dato primario, genetico del diritto soggettivo²⁴. In questa nuova prospettiva, influenzata dal criticismo kantiano e dalla dottrina imperativistica del diritto²⁵, il profilo interno del diritto soggettivo traducendosi nel concetto di signoria della volontà viene accantonato per dare rilievo al profilo esterno della tutela assicurata nei confronti dei consociati; e la proprietà, pur conservando una posizione di primazia, designando non altro che un particolare atteggiarsi della tutela normativa, da *ius connatum* diventa una mera creazione del diritto, un istituto giuridico²⁶. La metamorfosi del diritto soggettivo si compie quando esso cessa di essere un potere della volontà per divenire un interesse giuridicamente protetto inteso come tensione, aspettativa della volontà umana verso un bene della vita, idoneo al soddisfacimento di un bisogno del soggetto. Invero, nelle più compiute definizioni di

soggettivo, cit., p. 38. Del resto, proprio il tentativo di replicare a siffatti rilievi osservando che l'ordinamento giuridico protegge non la volontà del soggetto del diritto in se stessa quanto quella volontà del titolare o del legale rappresentante, destinata al conseguimento di uno scopo del soggetto, ravvisando una normale fungibilità delle volontà, invero, dimostra proprio come la volontà non può rientrare tra gli elementi costitutivi del diritto soggettivo. Secondo U. NATOLI, op. ult. cit., p. 39, la funzione della volontà nei confronti del diritto soggettivo si palesa sempre più rilevante non nel momento della esistenza bensì in quello della attuazione del contenuto del diritto stesso, nel momento dell'esercizio.

²³ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 171, nt. 3.

²⁴ Sul punto, R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., 179 ss.

²⁵ si sofferma ampiamente su tali aspetti e precisamente sulla concezione kantiana del diritto soggettivo quale coesistenza esterna delle libertà, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 16-17.

²⁶ Emblematica nel senso del profondo mutamento di impostazione la posizione, nella dottrina tedesca, di A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 1ª trad. annotata, Padova, 1939, cap. IV, I singoli diritti, p. 178; e, nella dottrina italiana, di F. FERRARA sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 318, il quale sottolinea che il diritto soggettivo è "un potere che emana dall'ordine giuridico a protezione di interessi umani e non è dato per la spiritualistica soddisfazione di attuare la propria volontà".

diritto soggettivo, da un lato, scompare l'ingenuo antropomorfismo originario che esaurisce la figura in una forma o stato psicologico (l'interesse come aspirazione ad un bene della vita) e, dall'altro, emerge la complessità del concetto in cui si opera la sintesi del momento formale e del momento teleologico. Il diritto soggettivo, allora, non è interesse protetto²⁷ bensì mezzo di protezione (das Schutzmittel) di un interesse²⁸, secondo una formula che verrà diversamente sviluppata dalle correnti eclettiche o elaborazioni includenti successive²⁹.

²⁷ Questa è la famosissima definizione di R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts: auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1865, III, §§ 60, 61, p. 311 ss. ed in particolare, p. 327.

²⁸ La correzione della definizione del diritto soggettivo è stata operata da A. THON, *Norma giuridica*, cit. p. 207, nel contesto della formulazione della sua critica alle definizioni di Rudolf von Jhering e Bernard Windscheid. Il punto di partenza di una simile critica è costituito dall'osservazione che l'interesse inteso come aspirazione ad un bene della vita rappresenta a ben vedere lo scopo della tutela di guisa che esso non può rientrare nella determinazione del concetto di diritto soggettivo: nel diritto, infatti, non si deve distinguere la scorza protettiva o guscio (die schützende Scholl) – la tutela giuridica – ed il nocciolo o gheriglio (der Kern) – l'interesse – in quanto soltanto la scorza costituisce il diritto, mentre il nocciolo non appartiene più ad esso. Il diritto è sempre mezzo e non già scopo. Si leggano sul punto anche le note esplicative del traduttore (p. 215).

²⁹ Nella dottrina italiana, una esplicita affermazione della volontà di conciliare le opposte tendenze concettuali in ordine al diritto soggettivo è contenuta in S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 64, il quale, all'esito dell'esame delle impostazioni estreme (quella di Bierling, in cui viene operata una soggettivizzazione della norma e quella di Schwarz, in cui è l'interesse, per converso, ad essere soggettivizzato) arriva alla conclusione (p. 71 ss.) che il diritto subiettivo è un concetto complesso costituito dalla sintesi di vari elementi. Esso, innanzitutto, è un potere del soggetto in quanto al soggetto viene assicurata e garantita una posizione di libertà o di preminenza verso gli altri soggetti (Machtheorie). Tale potere non va inteso come materiale possibilità bensì come potere giuridico che è la stessa norma concretata con riferimento ad un determinato soggetto (Imperativentheorie). Del resto, il diritto soggettivo è concesso per la protezione di un interesse (Interessenheorie) del soggetto, la quale è affidata alla volontà del soggetto medesimo (Willensheorie) e i due elementi materiali (interesse e volontà) vanno considerati come inscindibilmente collegati (Kombinationheorie).

Sulla medesima linea concettuale di Salvatore Pugliatti, si colloca anche R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 70 ss., il quale individua l'essenza formale, propriamente giuridica, del diritto soggettivo nell'elemento del potere riconosciuto al soggetto, che attribuisce al titolare un'autonoma situazione di preminenza e di libertà nei confronti di altri soggetti. Tale potere sarebbe riconosciuto come strumento per garantire il conseguimento di uno scopo, che rappresenta, in realtà, il substrato materiale e di fatto della qualifica formale impressa dalla norma alla posizione del soggetto e si risolve nell'interesse del titolare. In particolare, l'autore sottopone a stringente critica la formula dell'interesse protetto (ovvero la sua perifrasi – protezione di un interesse) nella parte in cui i sostenitori finiscono con il ridurre il concetto di diritto soggettivo al suo momento patologico osservando che paradossalmente il meccanismo di protezione dell'interesse si realizzerebbe solo ove questo non sia soddisfatto. Eclatante in tal senso è la posizione di A. THON, *Norma giuridica*, cit., p. 206-207, secondo il quale il diritto soggettivo sorgerebbe dalla "disposizione del diritto obiettivo, secondo la quale nel caso di trasgressione delle norme stesse, viene assicurato al soggetto un mezzo, la pretesa allo scopo di

Al centro del sistema giuridico così congegnato viene posto il concetto di rapporto giuridico³⁰, che nella originaria formulazione kantiana è forma della relazione tra gli arbitri dei consociati, ed intorno ad esso viene costruita la ancor oggi fondamentale distinzione tra diritti assoluti e relativi³¹, non senza tuttavia ambiguità ed imprecisioni giacché taluno pone l'attenzione sul profilo estrinseco della efficacia del diritto, ovvero della opponibilità³², talaltro su quello dell'esercizio del

realizzare ciò che era stato comandato e di rimuovere ciò che era stato vietato". Del resto, sull'idea del diritto soggettivo come possibilità di attuare coattivamente l'interesse del titolare è stata fondata la teoria del debito e della responsabilità, su cui si ritornerà in seguito. Per ora si rinvia, per ampi riferimenti, a L. FERRONI, *Obbligazioni di fare ed eseguibilità*, Camerino-Napoli, 1984, p. 72 ss.

Tra le ulteriori concezioni eclettiche del diritto soggettivo, si segnalano quelle di E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, p. 219 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 114 ss. Sintetizza, come al solito, egregiamente le istanze conciliative ed eclettiche, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., rist., 1997, p. 70, il quale rileva che "ovunque al singolo è riconosciuto direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, ivi la legge ravvisa un diritto soggettivo".

³⁰ Indicativa in tal senso è la posizione di G. F. PUCHTA, *Corso delle istituzioni presso il popolo romano*, trad. it. a cura di A. Rurdorff, I, 5^a ed., Milano-Verona, 1858, p. LXXXI, il quale, rilevato che il sistema giuridico è incentrato sull'individuo non quale entità astratta ed ideale (come l'avevano concepito i sistemi giusnaturalistici) bensì in quanto "agente storico di un processo reale", ritiene "conveniente alla viva natura della cosa, l'edificare il sistema del diritto sulle umane relazioni invece di adeguarlo sulla finta idea dei diritti". Per un quadro completo della corrente di pensiero cd. relazionale del diritto, R. TREVES, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Torino, 1934, passim.

³¹ È A. THON, *Norma giuridica*, cit., p. 172 ss., a soffermarsi a lungo sulla distinzione tra diritti assoluti e relativi sottolineando come se l'obbligazione si identifica con una prestazione imposta dall'ordinamento giuridico a singole persone; il diritto reale, invece, garantisce il godimento di una cosa mercé un divieto di ingerenza imposto alla collettività. Tali affermazioni, invero, sottendono quell'idea che diverrà il refrain di tutta la manualistica secondo cui, nella sistematica del rapporto giuridico, al diritto assoluto, da un lato, si contrappone un dovere di astensione di tutti gli altri consociati (ma esercitabile "concretamente – è naturale – solo contro l'offensore"), una generale soggezione, ovvero un generico obbligo di non ingerenza; al diritto relativo, dall'altro, corrisponde sempre un dovere, positivo o negativo, di comportamento (obbligo di prestazione). In tal senso, ex pluribus, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 37^a ed., 1997, p. 53. Danno atto di questa tendenziale uniformazione dottrinale Santi ROMANO, voce *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist., 1983, p. 52; nonché F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi* (VII. *Diritti soggettivi*), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748.

³² In tal senso si è espresso, tra i primi, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., § 41, p. 179, il quale ha definito i diritti assoluti come "quelli che hanno efficacia verso chiunque, relativi quelli che l'hanno solo verso una persona singola od un limitato numero di persone". Invero, la dottrina più attenta ha contestato, correttamente, la possibilità di definire il diritto assoluto come quello opponibile a tutti i terzi, includendo nel concetto stesso di assolutezza il momento dell'opponibilità sulla base del rilievo che il momento della efficacia è "un aspetto non del tutto intrinseco del diritto" (così Santi ROMANO, voce *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, op. cit., p. 53). Essa, come si è ulteriormente precisato (F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, cit., p. 749) attiene più propriamente al fatto da cui origina il rapporto e del quale vale a designare appunto la rilevanza rispetto a terzi:

diritto³³, altri, ancora, sulla struttura soggettiva del rapporto³⁴, con ciò manifestando i sintomi di una irrequietezza intellettuale dovuta alla

"l'opponibilità non è un automatico portato dell'assolutezza, ma è variamente regolata e graduata nel nostro ordinamento positivo in relazione all'istituto della trascrizione, per i beni immobili e mobili registrati, e al possesso, per i beni mobili". In altri termini, essa non dipende dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive ma da una valutazione autonoma che opera il legislatore sulla base della corrispondenza del titolo di acquisto di un diritto rispetto ad un determinato indice normativo. Del resto, opinando diversamente, si arriverebbe al paradosso di ritenere che ne risulti mutata la struttura stessa del diritto ove tale opponibilità non si realizzi per la mancata ricorrenza di tali indici in concreto. Indicativo è, in tal senso, l'equivoco in cui cade C. A. FUNAJOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, pp. 92-96; nonché ID., *La cd. proprietà relativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 287 ss., il quale, constatato che per effetto del mero consenso il compratore acquista una proprietà valevole solo inter partes e non di fronte a terzi, conclude nel senso che il contratto trasferisca una proprietà relativa. D'altro canto, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazione. Distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 527 ss., nonché ID., *Teoria della circolazione*, Padova, 1933, p. 83 ss., il quale, affetto dalla medesima distorsione concettuale, indotta dalla identificazione del criterio distintivo tra diritti reali e diritti di credito nell'opponibilità e rigettata la nozione contraddittoria di proprietà relativa, è costretto a riconoscere che il codice del 1942, nel sancire il principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.), non avrebbe innovato sostanzialmente il sistema dei trasferimenti rispetto al passato; secondo l'autore, infatti, deve ritenersi che il contratto, ad onta del principio, dia vita pur sempre ad un rapporto di carattere esclusivamente obbligatorio perché se l'acquirente non è proprietario di fronte a terzi ciò vuol dire che non è affatto proprietario essendo la proprietà un diritto, per sua essenza, valevole erga omnes. Negli stessi termini, V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare ed mobiliare*, Milano, 1954 p. 238, nt. 10, al quale sorge "il dubbio che questa proprietà, efficace sì erga omnes, ma soltanto fintantoché non si dia una seconda alienazione trascritta che la faccia cadere nel nulla, sia, ove si badi alla sostanza, un diritto tanto provvisorio e quindi tanto debole da non potere, in definitiva, essere chiamato proprietà"; nonché T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, 2a ed., in *Il dir. civ. it.*, a cura di P. Fiore e B. Brugi, XII, Napoli-Torino, 1923, p. 7 ss. Invero, se si tengono ben distinti i concetti di efficacia del contratto ed opponibilità del titolo, si riesce a spiegare coerentemente tutto il sistema dei trasferimenti come congegnato dal legislatore del 1942: l'art. 1376 c.c., nel disciplinare la vicenda traslativa, si occupa solo di un aspetto del problema e cioè quello delle modificazioni che, sul piano delle situazioni soggettive, si producono come diretta espressione e conseguenza del regolamento di interessi (si invia al successivo capitolo, § 4). Il contratto traslativo, del resto, costituendo anche indice di circolazione del bene che ne forma oggetto, esige che il legislatore, al fine di garantire la certezza delle situazioni giuridiche e di tutelare la legittima aspettativa dei terzi, intervenga per disciplinarne la opponibilità rispetto ad altri titoli incompatibili. E questo egli fa graduando la forza di ciascun titolo in relazione a determinati indici formali, variabili a seconda della fattispecie. D'altro canto, l'inopponibilità non comporta una modificazione strutturale del diritto che da assoluto degraderebbe a relativo, quanto, piuttosto, ne limita la rilevanza rispetto a certi soggetti, come riflesso dell'inopponibilità del fatto costitutivo. Sul punto, amplius, G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, passim; nonché C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2a ed., in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, p. 837 ss.

³³ Ritiene che il diritto assoluto ed, in particolare, il diritto reale "si esercita indipendentemente dal vincolo con un'altra persona", P. COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 7ª ed. riv., 1940, p. 340.

difficoltà di difendere la funzione risoltrice del concetto di rapporto giuridico e di spiegare con il suo metro l'intera fenomenologia giuridica³⁵.

3. – Dopo aver ripercorso la vicenda concettuale del diritto soggettivo che, nella dottrina italiana, come in quella d'oltralpe, sembra aver assunto i contorni di una "guerra e pace" tra l'interno e l'esterno del diritto medesimo, volendo utilizzare l'espressione icastica di un insigne giurista³⁶, è doveroso por mano finalmente alla soluzione dell'annoso enigma dei diritti reali, attraverso l'individuazione di un unitario criterio ordinante di tali situazioni. Orbene, ad un simile risultato potrà giungersi soltanto ove si sgombri il campo da ogni residuo concettualismo adottando all'uopo una duplice ipotesi di indagine, volta a verificare attraverso un esame sistematico e normativo: a) se il concetto di diritto reale possa essere costruito su

³⁴ In tal senso, F. SANTORO PASSARELLI, voce Diritti assoluti e relativi, cit., p. 750; e ID., Dottrine generali, cit., p. 77 ss., il quale distingue tra i diritti assoluti e relativi a seconda che il termine passivo del rapporto sia costituito "o indistintamente dalle altre persone o invece da una (o anche più di una) persona determinata".

³⁵ Invero, secondo C. DONISI, Il problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972, p. 45 ss., l'elaborazione scientifica in tema di rapporto giuridico è stata contrassegnata da un progressivo ridimensionamento della sua figura e della sua funzione in vista del superamento dell'impostazione dogmatica ispirata alla concezione imperativistica del diritto come forma "pura o relazionale", che ha portato ad un assorbimento nel rapporto giuridico della rilevanza delle situazioni giuridiche attive e passive, ridotte alla stregua di meri aspetti o profili del medesimo, ad una nuova impostazione che nel denunciare la tendenza della scienza giuridica alla entificazione dei congegni speculativi di ricerca, sottolinea il valore meramente strumentale e convenzionale della figura del rapporto giuridico, estraneo alla dinamica ed esprimente semplicemente la natura ed il modo di atteggiarsi delle relazioni tra situazioni giuridiche soggettive, cui unicamente vanno riferite ed imputate le vicende costitutive, modificative ed estintive. Sottolineano il valore esclusivamente convenzionale del rapporto giuridico, tra gli altri, F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali, cit. p. 69, il quale gli attribuisce il compito di commisurare la rispettiva posizione di potere di una persona e di dovere di un'altra persona o delle altre persone; nonché R. CICALA, Il negozio di cessione del contratto, Napoli, 1968, p. 61 ss.; e ora ID., Cessione del contratto, in Saggi sull'obbligazione e le sue vicende, rist., Napoli, 1990, p. 194 ss., che proprio muovendo da una simile impostazione dimostra che la cessione del contratto non è cessione del "rapporto contrattuale" (comprensivo dei diritti potestativi) bensì semplicemente cessione dei crediti e debiti corrispettivi. Seguendo questa nuova linea di pensiero e sulla scorta del fondamentale insegnamento cammaratiano, ripreso da B. GRASSO, Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali), Camerino-Napoli, 1973, p. 151 ss., più avanti si cercherà di dimostrare come il rapporto costituisce principalmente un punto di osservazione per cogliere le relazioni tra le basi di fatto delle figure di qualificazione.

³⁶ Il riferimento è al titolo di un celeberrimo articolo di D. BARBERO, Guerra e pace fra l'"interno" e l'"esterno" del diritto soggettivo (Ritorno polemico del concetto), in Jus., 1952, p. 326 ss.

quello di diritto assoluto ovvero se possa essere ravvisata in ogni fattispecie di diritto reale una situazione giuridica concretantesi nel generale dovere di astensione a carico degli omnes; b) se, per converso, si possa operare una ricostruzione del diritto reale in termini di potere immediato, signoria avente ad oggetto una cosa (ipotesi da esaminarsi in via esclusiva o compatibilmente alla precedente) ovvero se possa operarsene una definizione avuto riguardo esclusivo al rapporto intercorrente tra il loro titolare ed il bene, diversamente da ogni altra categoria di diritto patrimoniale. La risoluzione di siffatti quesiti offrirà la prova per dimostrare che la definizione più diffusa del diritto reale, reiterata per decenni con varietà di formule dalla manualistica maggiore³⁷, in realtà è fondata su un equivoco o meglio su una serie di equivoci concettuali ed, in ogni caso, su una petizione di principio.

Cominciando dall'esame del primo quesito, sembra indicativo il rilievo che anche in una delle più egregie manifestazioni nostrane della concezione personalistica del diritto reale³⁸, emergano chiari i sintomi della difficoltà di spingere fino in fondo la qualificazione del diritto reale in termini di diritto assoluto, caratterizzato cioè da un dovere generale di astensione. La funzione categoriale della intersoggettività, nella ricostruzione del diritto reale operata dalla dottrina presa in esame, viene fondata su un ingenuo rovesciamento della tesi classica: anche a voler definire il diritto reale in termini di potere immediato sulla cosa, una volta che si rilevi che esso sussiste anche senza che ricorra la concreta e materiale possibilità di signoreggiare su di essa, non potrebbe che opinarsi nel senso che il potere sulla cosa è un potere giuridico, una forza sociale e giuridica messa a disposizione dell'individuo da parte dell'ordinamento e che postula necessariamente "un essere sensibile e passibile" di questa forza, cui possa dirigersi la coazione da esso predisposta. Da qui, dunque, la conclusione, prevedibile, che un potere non possa giuridicamente darsi su una cosa ma solo contro altri uomini³⁹. Il diritto reale, del resto, sempre ad avviso della dottrina richiamata, non potrebbe essere identificato in base al suo intrinseco contenuto ovvero nel potere di agire sulla cosa, di utilizzarla, di trasformarla, di distruggerla giacché questi, a rigore, non sono qualificabili come poteri giuridici bensì alla stregua di attività materiali, economiche, *res merae facultatis*: la possibilità più o meno ampia di agire sulla cosa costituirebbe semplicemente il substrato materiale del diritto reale, che, invece, può conseguire la sua autonomia concettuale solo in quanto diritto assoluto, come diritto cioè che sussiste tra il titolare e gli altri uomini, avente ad oggetto la pretesa di non essere disturbati nel libero svolgimento della propria attività

³⁷ Si vedano, in proposito, le indicazioni fornite nella precedente nota 31.

³⁸ Il riferimento è a F. FERRARA sr., Concetto e tipo dei diritti reali, in *Scritti giuridici*, II, p. 411 ss.

³⁹ Così, F. FERRARA sr., op. ult. cit., pp. 412-413.

rispetto ad una determinata cosa.⁴⁰ Sennonché un simile ragionamento, per quanto apparentemente "logico, perspicuo e semplice"⁴¹ si arresta letteralmente contro una serie di difficoltà di ordine sistematico, la cui dubbio o insufficiente risoluzione concorre a rendere vaga ed imprecisa la stessa ricostruzione concettuale adottata: la difficoltà, innanzitutto, di concepire un rapporto giuridico con gli omnes ovvero di identificare i soggetti giuridici del rapporto reale; la difficoltà, poi, di delineare l'esatta struttura ed il contenuto della situazione giuridica gravante sui soggetti passivi; la difficoltà, ancora, di accertare l'esistenza di un legame di complementarità tra le due situazioni giuridiche, attiva e passiva; e, last but not least, la difficoltà, in termini di teoria generale del diritto, di rintracciare il proprium del dovere di astensione rispetto

⁴⁰ L'insigne giurista arriva a formulare su queste basi una definizione di diritto reale in termini di "potere giuridico contro gli altri uomini rivolto alla pretesa di un incondizionato rispetto nell'esplicamento della propria attività e nella sua pienezza o in singole direzioni, su una cosa determinata". È alla luce di tali rilievi che si riesce a comprendere e giustificare il fatto che taluno (G. BALLADORE PALLIERI, Diritto soggettivo e diritto reale, in Jus, 1952, p. 1 ss., in polemica con lo scritto di D. BARBERO, Il diritto soggettivo, in Foro it., 1939, IV, c. 1 ss., il quale, innovando profondamente le imperanti concezioni ispirate alla impostazione pandettistica, aveva spostato dall'esterno all'interno il centro di gravitazione del concetto di diritto soggettivo, escogitando per esso la formula dell'agere licere) vinto dal medesimo fascino per l'aspetto esterno del diritto soggettivo, si sia lanciato ad affermare che il diritto di proprietà, modello di ogni diritto soggettivo, può essere riassunto nella formula "di essere lasciato godere e disporre della cosa", non "di godere e disporre della cosa", come impropriamente si esprime l'art. 832 c.c. Egli muove dalla medesima constatazione di Francesco Ferrara secondo cui la gran parte dell'agire lecito è un fatto indifferente per l'ordinamento giuridico costituendo "una zona in nessun modo tutelata, ma soltanto limitata dal diritto". Nel presupposto dell'indifferenza delle attività lecite, si giunge a negare la possibilità di definire il diritto reale sulla base del profilo meramente intrinseco del contenuto del relativo potere, possibilità che, del resto, sarebbe in contrasto con la stessa funzione storica del diritto soggettivo. Piuttosto, valorizzando quelle correnti di pensiero che nell'ambito dello studio del diritto soggettivo hanno enucleato accanto al profilo formale della tutela o protezione da parte dell'ordinamento quello materiale dell'interesse soddisfatto per il tramite della protezione, giunge ad identificare il diritto soggettivo nel momento unitario dei vari mezzi di protezione di cui costituirebbe il titolo, il fondamento. Del resto, sulla base di queste premesse, rovesciando la conclusione della dottrina criticata, propone di espungere dalla categoria del diritto soggettivo, in luogo del diritto di credito, la proprietà ed il diritto reale in genere, riconducibili nell'area del meramente lecito. Concorda con tali conclusioni anche L. D'ASARO, La nozione di "realità" con particolare riguardo all'usufrutto, in Giur. agr. it., 1964, p. 475 ss., il quale, ad ulteriore sostegno delle critiche sopra esposte in ordine al carattere meramente materiale, economico dell'attività di godimento del bene, sottolinea come la tendenza della dottrina classica a ravvisare nell'immediatezza l'essenza della realtà costituisce la conseguenza del condizionamento che la figura del dominio ha esercitato nella ricostruzione della categoria dei diritti reali, ponendosi al centro della medesima e proiettando sugli altri diritti le proprie peculiari caratteristiche, che tuttavia non potevano prescindere dalla sua antica origine di "vincolo quasi materiale" (il *mancipium*) che legava la *res* al *pater familias*.

⁴¹ A voler usare le parole impiegate da L. BARASSI, Diritti reali e possesso, I, I diritti reali, Milano, 1952, p. 13, per esprimere il suo giudizio di valore sulla teoria personalistica del diritto reale.

alla generale regola di condotta concretantesi nel divieto del *neminem laedere*⁴².

In ordine al primo punto, deve osservarsi che sin dalla originaria elaborazione della concezione personalistica del diritto reale, da più parti è stato posto in evidenza il carattere paradossale di una costruzione che finisce con il radicare la situazione giuridica passiva propria dei rapporti reali in capo ad ogni membro dell'umano consesso⁴³ di guisa che "anche mediante l'astensione del negro in Africa ogni nuova proprietà percuote tutto il mondo con un brivido sino al polo"⁴⁴! In altri termini, non è chi non veda come questa estensione latissima del profilo passivo del rapporto obbligatorio finisce con il compromettere la stessa essenza del rapporto intersoggettivo come *hominis ad hominem pro portio*, secondo la brillante definizione dantesca del *De Monarchia*, che postula, come si cercherà di dimostrare, una relazione tra situazioni giuridiche determinate. Di fronte ad un simile paradosso, i fautori della concezione personalistica del diritto reale hanno operato in due opposte direzioni, peraltro con scarso successo: da un lato, si è cercato di restringere la categoria degli *omnes* identificandola con i membri della comunità all'interno della quale è posta la norma giuridica da cui deriva il diritto reale sulla base della considerazione che solo contro costoro potrebbe sorgere la pretesa di attuazione del dovere di astensione⁴⁵. Invero, una simile

⁴² Sulla dubbia risoluzione delle difficoltà prospettate nel testo da parte di F. FERRARA sr., op. ult. cit., p. 416, si rinvia al contenuto della successiva nota 45.

⁴³ Secondo Santi ROMANO, voce *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 102, un rapporto con tutti i consociati o con tutti gli uomini è inconcepibile, "un vero nonsenso: un solo uomo contro un interminabile e rinnovantesi esercito". Sul punto, si veda altresì la feroce critica di A. THON, *Norma giuridica*, cit., p. 158 ss, alla teoria della pretesa contro *chicchessia* di Bernard Windscheid, rilevando che la tutela della proprietà e dei diritti reali in genere si attuerebbe non già attraverso un comando diretto ad imporre un dovere di comportamento agli *omnes* bensì in un divieto e precisamente nel divieto di godimento di cose altrui e giammai nel divieto di impedire il godimento del proprietario. Si vedano anche i rilievi critici di E. TILOCCA, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 6ª serie, vol. VII, 1950, p. 11 ss., il quale, ritornando sul tema della classificazione dei diritti patrimoniali (ID., *Il fondamento della distinzione tra diritti reali e diritti personali*, in *Circ. giur.*, 1947, p. 136 ss.) per riesaminare l'opinione dominante, conclude nel senso che i soggetti dei rapporti giuridici non possono che essere persone determinate o, almeno, determinabili e quindi in alcun modo la collettività indistinta.

⁴⁴ L'affermazione testualmente riportata è contenuta in L. BARASSI, *Diritti reali*, op. cit., p. 35, che, invero, si limita a riprodurre un'affermazione, divenuta famosa, del Kohler.

⁴⁵ È la strada entro la quale si è orientato F. FERRARA, *Concetto e tipi dei diritti reali*, cit., p. 416, il quale muove dall'osservazione che il diritto soggettivo deriva dal diritto oggettivo e questo per sua definizione ha un limite territoriale di estensione. Concorde su tale conclusione anche F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, cit., p. 750, secondo il quale la possibilità di mero fatto che il diritto reale possa essere violato da qualunque terzo non vale a legittimare la conclusione di un vincolo giuridico così ampio dato che la tutela garantita dall'ordinamento non può comunque travalicare la sfera giuridica soggettiva di operatività del medesimo.

precisazione non sembra in grado di aggiungere elementi qualificanti in merito alla corretta ricostruzione della struttura dei rapporti reali limitandosi, sotto il profilo della relazione tra il soggetto di diritto e l'ordinamento, ad enucleare, come si dirà più avanti, quel generale dovere di rispetto che deriva a carico di ciascun consociato dal riconoscimento di qualsiasi diritto soggettivo⁴⁶. D'altro canto non risulta più soddisfacente la soluzione di quanti sottolineano come tale dovere si radichi soltanto in capo a colui che si trovi in una situazione che gli renda possibile di contrastare il diritto reale⁴⁷ dal momento che si ricostruisce in tal modo la struttura di tale diritto sulla base di un elemento di fatto e non giuridico e, per di più, eventuale⁴⁸ giacché una simile circostanza potrebbe anche in concreto non avverarsi con la conseguente necessità di negare addirittura che esista un soggetto passivo obbligato a non intralciare l'altrui godimento⁴⁹.

⁴⁶ Illuminanti appaiono in proposito le considerazioni di N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 30: "che significa avere un diritto? Significa...avere il potere di compiere una certa azione. Ma donde deriva questo potere? Non può che derivare da una regola, la quale nel momento stesso in cui attribuisce a me questo potere, attribuisce ad un altro, a tutti gli altri il dovere di non impedire la mia azione". Per ulteriori critiche alla impostazione esposta nel testo, E. TILOCCA, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, cit., p. 12.

⁴⁷ Secondo E. BETTI, voce *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 58 ss. i consociati non rappresentano un'autonoma entità soggettiva tale da poter fungere da soggetto passivo di un rapporto giuridico che, peraltro, diventerebbe eccessivamente ampio al punto da travalicare la propria sfera di operatività. Egli, quindi, ritiene che il dovere negativo di astensione debba essere radicato soltanto in capo a coloro che si trovino in una posizione di contiguità rispetto al titolare di diritto reale. Muovendo da una diversa prospettiva, L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 30, per replicare alla beffa del Kohler, cerca di delimitare ulteriormente la schiera dei soggetti passivi dei rapporti reali osservando come in alcune ipotesi quel dovere di non ingerenza finisce con il gravare su di una sola persona "quando siano mancate quelle cautele di pubblicità che valgono a tutelare la buona fede dei terzi quanto ai diritti reali immobiliari". Invero, non è chi non veda come in tal modo Lodovico Barassi incorre in quel medesimo errore già denunciato sopra, alla nota 32, di confondere il profilo dell'assolutezza del diritto reale con quello dell'opponibilità dei titoli di acquisto dei diritti. In secondo luogo, poi, sempre secondo l'autore, in altre ipotesi, il legislatore fa gravare questo dovere in primo luogo ed in via principale su certe determinate persone come accade nell'art. 1068 c.c., che proclama uno di questi doveri negativi a carico del solo proprietario del fondo servente, il che si spiegherebbe in considerazione del fatto che solo questi è meglio in condizione di nuocere al titolare della servitù. Tali ultime affermazioni, invero, si inseriscono, sia pure timidamente, nel solco di quell'orientamento teso a riconoscere un aspetto di relatività anche nel contenuto dei diritti reali limitati, sul quale si tornerà ampiamente più avanti.

⁴⁸ Si tratta di rilievi condivisi altresì da L. D'ASARO, *La nozione di realtà*, cit., p. 477, che sottolinea che la circostanza che solo alcuni, per la loro posizione, abbiano la possibilità più concreta di violare quel diritto costituisce una circostanza accidentale e comunque di fatto, privo di rilievo sul piano giuridico; F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, cit., 750-751;

⁴⁹ A tal proposito, G. PUGLIESE, *Diritti reali*, cit., p. 766, sottolinea, con argomenti la cui debolezza non ha bisogno di essere oggetto di replica, che la mancanza di probabilità non esclude in ogni caso l'astratta possibilità.

Artificiosa e barocca appare, invece, la soluzione di quanti⁵⁰, nel tentativo di ricondurre il rapporto reale nell'ambito di un rapporto intersoggettivo tra soggetti determinati, finiscono col frantumarlo in una pluralità di rapporti del titolare con ciascuno degli omnes, con la conseguenza di far perdere l'unitarietà del concetto di diritto reale, che finisce con l'essere di disgregato in infiniti diritti relativi⁵¹.

Le difficoltà di ordine sistematico si accrescono decisamente ove dal profilo della struttura del rapporto reale, in relazione al soggetto passivo, si passi ad esaminare il profilo del contenuto della situazione giuridica gravante sui presunti omnes. Orbene, gli esponenti della Pandettistica, ai quali si deve il merito (o il demerito, secondo i punti di vista) di aver costruito il concetto di diritto soggettivo su quello di rapporto giuridico e di aver tracciato intorno ad esso la distinzione tra diritti reali e di credito, hanno chiarito che, a fronte del diritto reale, sta un'obbligazione passivamente universale⁵², distinta da quella gravante sul soggetto passivo di un rapporto creditorio (o relativo, in genere) solo da un punto di vista quantitativo, dato il numero indeterminato di soggetti passivi cui va ascritta⁵³. Più precisamente, quanto al contenuto

⁵⁰ Si allude all'ipotesi ricostruttiva adottata da M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1945, p. 306 ss.

⁵¹ Santi ROMANO, voce *Doveri*. Obblighi, cit., p. 102-103, evidenziando tale artificiosità, sottolinea come il diritto reale si tramuterebbe in una serie di diritti prolungantisi all'infinito verso tutti i viventi, nati e nascituri, i quali a loro volta, si dovrebbero immaginare in una serie, altrettanto indefinita, di rapporti con quanti sulla terra siano titolari di diritti reali. Così pure, F. SANTORO PASSARELLI, op. ult. cit., p. 761.

⁵² Si tratta, invero, della formula coniata da M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris, 1896, p. 2158 ss.

⁵³ L'opinione va riferita propriamente a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 183 ss., il quale, nell'occuparsi al § 43 delle Ansprüche ovvero delle pretese, dopo aver sottolineato che con tale espressione si indica non solo il pretendere come fatto bensì come pertinenza giuridica, quindi come diritto di pretendere, di richiedere qualche cosa da un altro, conclude nel senso che tale concetto esprime "la tendenza del diritto ad assoggettarsi la volontà altrui come tale, indipendentemente dall'essere esso diritto reale o personale, assoluto o relativo". La differenza starebbe semplicemente nel fatto che il diritto reale è costituito da una moltitudine illimitata di pretese; al contrario il diritto personale contiene una ragione contro una persona determinata (od una pluralità di persone determinate). Tale impostazione viene sottoposta ad una critica stringente da A. THON, *Norma giuridica*, cit., p. 158 ss., ad avviso del quale "ammettere una pretesa già prima della violazione di una norma a tutela della proprietà a che nessuno si ponga in contrasto col suo volere di proprietario, appare altrettanto ozioso quanto ingannevole giacché, innanzitutto, tale pretesa mancherebbe di ogni consistenza visto che la sua funzione sarebbe quella di dar la prova della propria forza e del suo significato non appena rimane insoddisfatta"; del resto, non è necessario attribuire una pretesa contro chicchessia affinché il proprietario possa sviare da sé illeciti attacchi: la difesa è consentita a chiunque senza che si debba ricorrere all'idea di pretesa. In secondo luogo, sempre ad avviso della dottrina richiamata, non si capisce come possa il singolo ordinamento giuridico acquistare tanta forza da assicurare ai suoi membri pretese verso tutto il mondo. Il concetto di pretesa, corrispondente all'actio romana presupporrebbe, in ogni caso un destinatario od avversario determinato. Sulla base di queste premesse, tuttavia, l'autore arriva a sostenere che la proprietà diventa un diritto solo in quanto

di siffatte pretese, si sottolinea come, mentre "la ragione personale può avere ad oggetto qualche cosa di positivo o qualche cosa di negativo, una azione od omissione, le ragioni reali mirano esclusivamente a qualche cosa di negativo, ad un'omissione"⁵⁴.

Il tentativo di rintracciare nella pretesa l'elemento costitutivo di ogni diritto soggettivo sia esso personale che reale, pur sempre giustificabile alla luce della costante ossessione volta a costruire il diritto soggettivo all'interno di una relazione intersoggettiva, sia pure a soggetti necessariamente indeterminati, ha lasciato, tuttavia, insoluto il principale problema posto dal concetto di pretesa reale ovvero quello di spiegare in che modo la condotta omissiva degli innumerevoli obbligati si ponga come mezzo, diretto od indiretto, per il soddisfacimento dell'interesse del titolare al bene⁵⁵ e non piuttosto come mera garanzia sussidiaria dell'esercizio indisturbato del diritto⁵⁶ di guisa che l'esistenza

l'ordinamento giuridico garantisce una pretesa al soggetto sorgente da una violazione della norma, con ciò ponendo le basi di quella impostazione che esaurisce il diritto nella possibilità di attuare coattivamente l'interesse del titolare, sulla cui critica si rinvia a quanto si dirà più avanti.

⁵⁴ Sul punto, ancora, B. WINDSCHEID, op. ult. cit., p. 184, che prosegue chiarendo come la ragione reale può acquistare contenuto positivo solo a seguito della violazione, trasformandosi in una ragione a che sia fatta cessare la violazione. In tal senso, altresì, G. PUGLIESE, *Diritti reali*, cit., p. 766.

⁵⁵ Resta indifferente ai nostri fini, peraltro, la soluzione della dibattutissima questione su quale sia l'oggetto immediato dell'interesse del creditore o, più, ampiamente, del titolare della pretesa, se cioè la prestazione del debitore ovvero il bene oggetto della prestazione. Contro l'opinione della dottrina dominante (tra gli altri, principalmente, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione* (la parte generale delle obbligazioni), I, Milano, rist., 1968, p. 213 ss.), che sostiene che il diritto del creditore è diritto al comportamento del debitore (prestazione), cui correlativamente corrisponde il contenuto dell'obbligo del debitore, si possono tuttavia invocare una serie di argomenti di ordine normativo a dimostrazione del fatto che ciò a cui tende l'interesse del creditore e, in questo senso, l'oggetto dell'interesse del creditore non è la prestazione bensì il bene – cosa o fatto – come risultato dell'attività del debitore, sempre distinguibile dall'attività, dal fare. Infatti, se l'interesse fosse alla prestazione del debitore e non già, come qui condiviso, al bene dovuto, risulterebbe incomprensibile l'estinzione dell'obbligazione in conseguenza dell'adempimento del terzo, dell'esecuzione forzata ovvero della compensazione, ove manca assolutamente la prestazione di una attività personale del debitore (in tal senso, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 10 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 60 ss.; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., nonché ID., *Obbligazioni "di risultato" e "di mezzi"* (studio critico), I, *L'oggetto dell'obbligazione nelle due categorie di rapporti*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 185 ss.; R. CICALA, *Concetto di divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, p. 58 ss. e B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, p. 125 ss; accoglie, invece, una soluzione intermedia P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 1273 ss. specie 1280 ss., che distingue le obbligazioni di puro fare e negative, in cui il risultato utile per il creditore, alla cui realizzazione è preordinato il rapporto obbligatorio, consiste proprio nello svolgimento di una certa condotta del debitore; per una critica puntuale si rinvia ancora a R. CICALA, op. ult. cit.)

⁵⁶ Indicativa, sul punto, è la posizione di G. PUGLIESE, op. e loc. ult. cit., che si ostina nel ribadire come il risultato di porre una cosa in tutto o per qualche aspetto a

di tale obbligazione non assume alcuna valenza specifica prima del verificarsi di una sua violazione e finisce col perdere il suo carattere essenziale di entità contrapposta al diritto nello schema del rapporto giuridico⁵⁷. Per questa ragione appare più coerente la posizione di quanti attribuiscono al diritto reale un contenuto potestativo ravvisandone l'essenza in quel *ius excludendi omnes alios* a fronte del quale starebbe, dal lato passivo, una situazione di mera soggezione ovvero di *pati*⁵⁸, sebbene, tuttavia, in tal modo si finisca con il restringere eccessivamente la prospettiva di analisi limitandola, in linea con una frequente e già denunciata distorsione concettuale, al solo dominio. D'altro canto, più in generale, è stato dimostrato come lo sforzo compiuto nel costruire la pretesa come elemento costitutivo di ogni diritto soggettivo, al fine principale di porre in evidenza la sua attitudine a reagire in caso di violazione attivando la tutela per esso predisposta e quindi come *trait d'union* tra il profilo sostanziale e quello processuale del diritto soggettivo sia assolutamente inutile oltre che dannoso⁵⁹. Infatti, tale tutela, come si ribadirà innanzi, interviene a

disposizione di un soggetto non si può conseguire "se non ponendo a carico di altri soggetti un obbligo giuridico di astensione da tutte o da certe ingerenze sulla cosa" ma non fornisce solo una spiegazione soddisfacente della presunta necessaria dipendenza della situazione soggettiva spettante al titolare del diritto reale sul bene rispetto al dovere di astensione degli omnes.

⁵⁷ Giunge alla medesima conclusione accolta nel testo anche M. GIORGIANNI, Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui, I, Milano, 1940, p. 195 ss.; ID., Diritti reali (dir. civ.), in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1968, p. 751 ss., sottolineando come la proprietà non può certo inquadrarsi entro lo schema del diritto di credito, in quanto l'interesse che con essa la legge intende proteggere non è tale da essere realizzato mediante il comportamento di un altro o di altri soggetti. Per cui, anche ammesso che "al diritto del proprietario corrisponda un dovere (...) manca qualsiasi corrispondenza tra tale dovere ed il potere del proprietario". Al contrario, secondo l'autore, lo strumento precipuo che la legge predispone, nell'obbligazione, è proprio costituito dall'obbligo di tenere un certo comportamento, posto a carico del debitore cui corrisponde a favore del creditore un potere di pretendere l'osservanza del comportamento stesso di guisa che l'obbligo del debitore è idoneo a realizzare perfettamente l'interesse del creditore che ha ad oggetto, secondo Giorgianni, proprio quel comportamento. In tal senso, altresì, M. COSTANTINO, Contributo alla teoria della proprietà, Napoli, 1967, p. 68 ss.; nonché M. COMPORTI, Contributo, cit., p. 37-38.

⁵⁸ È questa la posizione adottata da F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, cit., p. 71, che afferma che il contenuto del diritto soggettivo nella proprietà e negli altri diritti reali è costituito da "una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro, dall'altro lato del rapporto, non un obbligo ma una mera soggezione poiché il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà".

⁵⁹ La dimostrazione si trova in U. NATOLI, Il diritto soggettivo, cit., p. 84 ss., che, in particolare, si scaglia contro la costruzione di F. B. CICALA, Il rapporto giuridico, Milano, 4ª ed., 1959, passim. Tale ricostruzione, invero, si innesta sulla teoria che considera il diritto soggettivo come il risultato di una subiettivizzazione della norma che diventa comando concreto del soggetto. L'autore, la cui opinione si trova criticata nel testo, sostiene che la norma che riconosce ad un soggetto una posizione di diritto soggettivo, gli attribuisce al contempo una "pretesa astratta ovvero la legittimazione

fronte di una situazione di interesse che si instaura in conseguenza della violazione della situazione antecedente di guisa che tra l'una e l'altra situazione non c'è bisogno di alcun collegamento: il diritto di azione si configura nelle ricostruzioni più recenti come autonomo diritto soggettivo che sorge nel momento in cui se ne realizzino i presupposti⁶⁰.

In realtà, il risultato aberrante sul piano dogmatico cui giunge la dottrina della pretesa astratta dimostra come la difficoltà di rintracciare il *proprium* dei diritti reali rispetto ai diritti di credito abbia condotto ad una superfetazione, in relazione a tale categoria di diritti, dell'imperativo contenuto nella norma ovvero del rapporto di soggezione con la medesima, superfetazione di cui la concezione personalistica si è fatta ufficialmente portavoce. E non è un caso, infatti, che il colpo decisivo alla concezione personalistica del diritto reale viene assestato osservando come essa abbia finito con l'elevare ad elemento caratteristico del diritto reale il cosiddetto dovere di astensione che in realtà non è altro che l'estrinsecazione del più generale dovere, gravante su ciascun consociato, di non oltrepassare la propria sfera giuridica ledendo quella degli altri – dovere del *neminem laedere*⁶¹ – elemento comune di tutti i diritti soggettivi, compresi i diritti di credito, di cui ormai pacificamente è affermata la configurabilità di una lesione

ad una affermazione astratta del contenuto del diritto soggettivo – in contrapposizione alle pretese concrete invece esperibili nei confronti di soggetti determinati – ed esistente prima della violazione, nello stato di soddisfazione. Per un esame delle varie obiezioni alla ricostruzione in parola, si rinvia a U. NATOLI, op. ult. cit., p. 97 ss.

⁶⁰ Per un approfondimento delle problematiche concernenti la ricostruzione del diritto di azione nonché per una accurata disamina delle varie teorie sostenute al riguardo, si veda, tra gli altri, G. VERDE, *Profili del processo civile*, 1. Parte generale, Napoli, 5ª ed., 1999, p. 133 ss.

⁶¹ L'osservazione è comune a vari autori a cominciare da C. FADDA e P. E. BENSA, Note dei traduttori al libro II, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 575; nonché Santi ROMANO, voce *Diritti assoluti*, in *Frammenti*, cit., p. 59 che acutamente rileva come il dovere che viene in rilievo nei diritti reali "non è autonomo come non è autonomo il simmetrico potere di tutelare la propria sfera giuridica giacché esso riguarda non solo i diritti assoluti ma tutte le manifestazioni giuridiche di essa [tale sfera]: capacità, poteri status, posizioni, situazioni, qualità, interessi legittimi e persino doveri ed obblighi che ogni soggetto deve essere in grado di adempiere senza che in tale adempimento venga ostacolato"; nonché ID., voce *Doveri. Obblighi*, cit., p. 103, ove aggiunge che il dovere negativo gravante su ogni consociato rientra in quei "doveri", cui non sono correlativi dei diritti e come tali definiti dal Santi Romano in contrapposizione agli obblighi in senso proprio; incidentalmente, R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 84, nt. 121, che sottolinea come anche il diritto di credito può considerarsi *erga omnes* come potere di escludere ogni altro dal godimento della situazione che è a suo favore tutelata; e, più in generale, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 38 ss., ove ampia bibliografia (nt. 82).

da parte dei terzi e, di conseguenza, riconosciuta la tutela aquiliana.⁶² Né appaiono convincenti i tentativi opposti dai sostenitori della criticata

⁶² Influenzata dalla classica distinzione tra diritti reali e diritti di credito, incentrata sul binomio assolutezza-relatività, l'opinione tradizionale secondo cui la rilevanza dei diritti di credito si esaurisce esclusivamente nel rapporto tra debitore e creditore di guisa da doversi escludere la possibilità che la lesione della posizione creditoria sia possibile ad opera di un terzo estraneo al rapporto è stata sottoposta ad una stringente critica da parte, principalmente, di F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, passim. La dottrina in parola ha avuto il merito di sottolineare, nella medesima prospettiva degli autori sopra citati, come la definizione del credito come diritto ad esigere la prestazione del debitore non esaurisce tutti i possibili aspetti di tale situazione giuridica limitandosi a cogliere il profilo dinamico o potenzialmente dinamico che si incentra nella pretesa, appunto, giacché ad esso si contrappone un profilo statico che rappresenta il diritto di credito, non già in considerazione della possibilità di esercizio da parte del suo titolare nei confronti del debitore e secondo le regole che disciplinano l'attuazione del rapporto obbligatorio bensì in considerazione della sua appartenenza, in termini di valore da conservare o realizzare alla sfera del creditore e, quindi, in considerazione della sua rilevanza erga omnes. Il leading case in tema di riconoscibilità della tutela esterna o aquiliana del credito da parte della giurisprudenza è costituito da Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174 (in Foro it., I, c. 1286 ss.), noto come "caso Meroni" in quanto originato dalla causa promossa in seguito all'incidente colposo in cui perse la vita il giocatore del Torino, Meroni, appunto, pronuncia nella quale per la prima volta venne riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per il fatto che cagiona la morte del debitore quando questa abbia determinato anche l'estinzione del credito in modo definitivo ed irreparabile per il creditore. Questo indirizzo si è andato progressivamente consolidando nel corso degli anni al punto da diventare un principio indiscusso quello della astratta configurabilità di una tutela risarcitoria dei pregiudizi derivanti dalla lesione del diritto di credito a seguito di uccisione del debitore limitatamente ai rapporti obbligatori, anche di durata, aventi ad oggetto la prestazione di un facere infungibile – si pensi, oltre alla morte del lavoratore dipendente, anche all'uccisione del coniuge che mantiene i familiari o a quello separato o divorziato tenuto alla corresponsione del relativo assegno (Cass., 20 aprile 1989, n. 1855, in Foro it., 1990, I, c. 1970, con nota di Carbone; in Nuova giur. civ. comm., 1990, I, p. 424, con nota di Pizzorno; in Giur. it., 1990, I, 1, p. 1480) o, ancora, alla morte della donna casalinga venendo così meno per il marito ed i figli le prestazioni di cura ed assistenza matrimonialmente valutabili (Cass., 3 novembre 1995, n. 11453, in Arch. circolaz., 1996, p. 452 nonché Cass., 10 settembre 1998, n. 8970, in Corriere giur., 1999, p. 867, con nota di Iannarelli) – ovvero a seguito di invalidità temporanea del lavoratore (Cass., 12 dicembre 1988, n. 6132, in Giur. it., 1989, I, 1, p. 994, con nota di De Sanctis; in Foro it., 1989, I, c. 742, con nota di Pardolesi, Di Majo, Poletti), o, ancora, di impossibilità anche parziale della prestazione (relativamente ai danni subiti dal conduttore di un immobile ad uso industriale per via di infiltrazioni d'acqua – Cass., 27 luglio 1998, n. 7337, in Giur. it., 1999, p. 1601) o ancora, infine, nel caso di frustrazione della garanzia patrimoniale con particolare riguardo all'impossibilità di esercizio dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., per fatto illecito successivo del terzo acquirente del bene (Cass., 13 gennaio 1996, n. 251, in Giust. civ., 1996, I, p. 2643). La suprema corte, in più occasioni, quasi a voler ribadire le conclusioni cui era giunta da tempo autorevole dottrina in tema di lesione aquiliana del credito, ha sottolineato come non sussista incompatibilità tra il carattere relativo della tutela del diritto di credito ed il carattere assoluto della tutela aquiliana in quanto tali tutele riguardano due momenti diversi del rapporto obbligatorio, la prima attenendo al momento dinamico e interno, che si esprime nel potere del creditore di esigere la prestazione dal debitore e la seconda, invece, al momento statico o esterno, che si esprime nell'appartenenza dell'interesse del creditore alla sfera giuridico-patrimoniale del medesimo come mezzo

opinione dal momento che, lungi dal fornire una dimostrazione del modo in cui pervenire ad individuare il *proprium* dei diritti reali rispetto ad ogni altro diritto soggettivo, sotto il profilo della posizione giuridica radicata in capo ai soggetti passivi, si traducono in mere petizioni di principio come quelle secondo cui "il comportamento di terzi, potendo incidere direttamente solo su cose o su comportamenti altrui, lede immediatamente diritti assoluti, e solo mediatamente e di riflesso il diritto di credito, ostacolandone la realizzazione", e ciò in quanto il dovere di astensione non avrebbe alcuna parte nella determinazione della struttura di siffatti diritti diversamente dai diritti assoluti.⁶³

Dimostrata l'artificiosità nonché l'insostenibilità sul piano dogmatico della concezione che ricostruisce il rapporto reale come rapporto tra il titolare del diritto e gli omnes, resta a questo punto da esaminare se esso possa configurarsi in termini di rapporto tra il titolare e la cosa od il bene che ne costituisce l'oggetto. Ebbene, una simile ipotesi ricostruttiva, a dispetto di quanto si potrebbe pensare, non rappresenta tanto o soltanto il tentativo di conferire nuova linfa vitale alla concezione classica del diritto reale come potere immediato sul bene, il cui contenuto potestativo esclude ogni tipo di relazione con le altre persone⁶⁴ ma rappresenta, nelle elaborazioni dottrinarie più

di difesa di tale sfera dall'illecita ingerenza di terzi (Così Cass., 1 aprile 1980, n. 2105, in Foro it., 1981, I, c. 388, con nota di Liberati Sciso). Si rinvia per un quadro completo sulla tutela aquiliana del credito, oltre a F. D. BUSNELLI, op. ult. cit., ad A. LUMINOSO, La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento, Milano, 1972, passim; nonché M. FRANZONI, La tutela aquiliana del contratto, in AA. VV., I contratti in generale, in Tratt. dei contratti, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, t. II, p. 1597 ss.

⁶³ L'affermazione si trova in F. SANTORO PASSARELLI, voce Diritti assoluti e relativi, cit., p. 752, secondo il quale, piuttosto, l'apriorismo starebbe nella considerazione di quanti adottano un'accezione eccessivamente ristretta di rapporto intersoggettivo ammettendone l'esistenza solo laddove al diritto corrisponde un obbligo mentre ove il concetto di rapporto si intenda semplicemente come proporzione tra posizioni giuridiche soggettive (su cui infra), si giungerebbe ad ammetterne l'esistenza anche in presenza di un dovere riconducibile al divieto del *neminem laedere*. In senso analogo si è espresso, anche L. D'ASARO, La nozione di realtà, cit., pp. 477-478, secondo il quale il dovere di astensione costituirebbe l'essenziale aspetto passivo dei soli diritti reali, l'espressione tipica del rapporto di realtà, la stessa assolutezza del diritto reale "proiettata all'esterno"; nei diritti di credito, invece, lungi dal costituire il rapporto obbligatorio, accede ad un rapporto già costituito e mira a tutelare non direttamente il credito bensì i diritti assoluti che ne costituiscono il presupposto: il creditore che agisce verso il terzo che impedisce la realizzazione del proprio diritto, mira ad ottenere la tutela della libertà ed integrità del proprio patrimonio. Per un approfondimento di tali concezioni, A. FEDELE, Il problema della responsabilità del terzo per il pregiudizio del credito, Milano, 1954, p. 74 ss.

⁶⁴ In tale prima prospettiva si colloca Santi ROMANO, voce Diritti assoluti, in Frammenti, cit., pp. 58-59 e ID., voce Doveri. Obblighi, cit., p. 100 ss., il quale afferma esplicitamente che bisogna ritornare "all'antica, tradizionale, limpida teoria che è stata consacrata da vari diritti positivi che ignorano le contorte ed aberranti concezioni personalistiche". Secondo l'impostazione seguita dal Romano i diritti assoluti implicano un rapporto con la cosa e non già con altri soggetti, si esauriscono nel cd. rapporto interno in quanto, come si è già avuto modo di rilevare in

recenti⁶⁵, il punto di arrivo di un nuovo percorso scientifico, condotto alla ricerca di una soluzione dell'enigma dei diritti reali, che si rivelerà però quantomeno riduttivo e semplicistico.

4. – Non c'è dubbio che il più rilevante contributo in ordine al superamento di tutte le suggestioni esercitate dalla Pandettistica nonché nel senso dell'abbandono di ogni tentativo di costruzione ontologica del diritto soggettivo, è stato prodotto dalla adozione, da parte di una cospicua schiera della civilistica italiana, della prospettiva del formalismo giuridico che ha consentito di valorizzare finalmente la funzione della norma positiva come criterio esclusivo di regolarità formale dei comportamenti, semplicemente come fonte di qualificazione di fatti e comportamenti e non già come presupposto di comandi e divieti⁶⁶. Compito di chi scrive è, a questo punto, quello di discernere i

precedenza, secondo l'autore, nel difendere il proprio diritto dalle turbative di terzi, il titolare esercita non già il suo diritto ma il potere riconosciutogli in generale dall'ordinamento di non veder turbata la propria sfera giuridica (ID., voce Poteri. Potestà, cit., p. 173 ss.; e ID., Osservazioni sulla efficacia della legge, in Riv. it. per le scienze giuridiche, 1947, p. 67). Sennonché, come già hanno osservato F. SANTORO PASSARELLI, op. ult. cit., p. 757 e L. BARASSI, Diritti reali e possesso, cit., p. 14, la relazione soggetto-bene ha connotati esclusivamente economici, è priva della nota caratterizzante della giuridicità. Si tratta piuttosto di stabilire in che cosa consiste questa giuridicità, che, ad avviso di chi scrive, non può essere fatta consistere, come sostenuto dai citati autori, "nell'unico modo atto a procurare al titolare del diritto assoluto il soddisfacimento del proprio interesse: cioè coll'impedire che altri vi interferiscono" e, pertanto, si chiarirà in seguito l'ipotesi ricostruttiva adottata al riguardo.

⁶⁵ Tra gli altri, U. NATOLI, Il diritto soggettivo, cit., passim; e M. COMPORTI, Contributo, cit., p. 35 ss.

⁶⁶ In tal senso, si è espresso per primo in Italia, A. E. CAMMARATA, Formalismo e sapere giuridico, cit., passim; nonché ID., voce Formalismo giuridico, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 1012 ss., la cui opera è quella che "ha conferito al formalismo maggiore lucidità e rigore". Così B. GRASSO, Formalismo e sapere del civilista, in Rass. dir. civ., 1991, p. 343 ss., il quale offre un quadro dettagliato di numerosi effetti positivi indotti dalla influenza che sull'esperienza del civilista ha avuto l'adozione del punto di vista formale. Inoltre, per una lucida applicazione di tale metodo nella ricostruzione della situazione giuridica di aspettativa, si rinvia ad U. LA PORTA, Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive, Napoli, 1995, p. 66 ss, specie 75 ss. L'autore muove dal rilievo della scorrettezza metodologica dell'impostazione che pretende di qualificare la situazione soggettiva come giuridicamente rilevante mediante la formulazione di valutazioni relative al suo contenuto e non ai soli caratteri formali: il diritto soggettivo è, infatti, sintesi verbale di uno strumentario formale a servizio dell'interesse di un soggetto, reputato meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico modulandosi poi l'ampiezza della tutela sulla effettiva consistenza dell'interesse tutelato. Da qui la possibilità di sostenere l'autonoma rilevanza giuridica della situazione di aspettativa, in relazione alla quale la tenuità della tutela è dovuta alla particolare natura dell'interesse che ne è oggetto, il quale non è diretto all'immediato godimento di un bene ma è strumentale al conseguimento del diritto sul bene e a conservare le potenzialità di acquisto di tale

risultati del formalismo dalle applicazioni distorte o comunque non ortodosse che ne ha fatto la dottrina che ad esso si è ispirata.

Ben venga, innanzitutto, la dimostrazione offerta dal formalismo giuridico della inutilità della nozione di rapporto giuridico come piattaforma logica di tutte le figure di qualificazione giuridica, su cui ancora oggi ci si ostina a costruire l'intero sistema ordinamentale, soppiantata da quella di rapporto di qualificazione: esso esprime il processo di valutazione operato dalla norma nel senso di ricollegare a determinate condotte soggettive altrettanto determinate conseguenze giuridiche, rappresentate dalle figure di qualificazione giuridica – potere, obbligo, illecito – le quali, infatti, sorgono o si estinguono nella conclusione di un sillogismo che ha per premessa la norma e per medio una certa situazione di fatto.⁶⁷ Ben venga, in secondo luogo e soprattutto, il superamento dell'idea radicata nella dominante concezione del rapporto giuridico come schema fondamentale delle connessioni logiche tra figure di qualificazione, secondo cui al diritto soggettivo corrisponde sempre e necessariamente un obbligo ovvero che "il potere o possibile debba ritenersi il recto di quel verso costituito dall'obbligo"⁶⁸. Infatti, una volta intesa la norma come criterio esclusivo di regolarità dei comportamenti, forma della scelta di ciò che è conforme o difforme, ne deriva che essa inevitabilmente finisce con l'assumere il ruolo di limite della possibilità d'iniziativa privata di guisa che il possibile in senso giuridico è precisamente ciò che residua dalla limitazione.⁶⁹ Dal punto di vista formale, l'obbligo, l'illecito, il potere, non possono definirsi propriamente verso o contro un altro soggetto in

diritto che deriverà dal completamento della fattispecie in corso e che giustifica la predisposizione, dal punto di vista della tutela, del solo potere di compiere atti conservativi, dell'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie e della irrevocabilità del vincolo. Sul pensiero del formalismo giuridico tra gli altri, si vedano altresì, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 1 ss.; G. B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo ed antiformalismo*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 157 ss.

⁶⁷ Così A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., p. 389, nonché ID., voce *Formalismo*, cit., p. 1012, per il quale la riduzione delle differenze tra i vari comportamenti e la enucleazione di elementi di uniformità e conformità determina una forma, un modello o schema di comportamento. Sul punto, altresì, B. GRASSO, *Formalismo giuridico*, cit., p. 344, il quale chiarisce che la tipizzazione pone in relazione l'esperienza storica con quella giuridica in quanto la prima viene, attraverso di essa, filtrata da tutte le determinazioni oggettive e soggettive proprie della individualità storica e fissata nelle generalità dello schema normativo, nella generalità ed astrattezza della fattispecie. L'operazione sillogistica di cui è parola nel testo consente di desumere da una serie di fatti concreti un tipo che a sua volta serve, secondo un procedimento inverso, a sussumere ogni fatto concreto sub specie iuris.

⁶⁸ L'espressione è di A. E. CAMMARATA, op. ult. cit., p. 405.

⁶⁹ In tal senso, A. E. CAMMARATA, op. ult. cit., p. 405 ss., il quale continua osservando che, a dispetto di quanto si ritiene comunemente, il rovescio dell'obbligo è l'illecito, non il possibile o potere che rimane una figura di qualificazione di indole complementare rispetto a quella dell'obbligo: la necessità non implica esclusione ma inclusione della possibilità giuridica. Perciò ogni contegno obbligatorio si definisce come "lecito" al pari di quello meramente facoltativo.

quanto la qualificazione giuridica del contegno si configura autonomamente rispetto alla norma ed esclude ogni possibilità di interferenza (corrispondenza o coincidenza) tra condotte. Tale interferenza, in termini di tensione o direzione verso qualcosa, inerisce, invece, all'elemento materiale delle figure di qualificazione, alle situazioni sostanziali di interesse che costituiscono il presupposto della qualificazione (situazioni presupposto).⁷⁰ Questo il pensiero espresso dal formalismo giuridico nella sua essenza più genuina. Altra l'applicazione che ne ha fatto una parte della dottrina al fine di risolvere l'enigma del diritto soggettivo, in generale, e del diritto reale, in particolare, applicazione che, per l'influsso esercitato dalle inestirpabili sovrastrutture della dommatica o, per converso, da un realismo troppo rigido, ha generato, ad avviso di chi scrive, ipotesi ricostruttive inaccettabili, sia pure orientate in due direzioni distinte: da un lato, la valorizzazione del profilo contenutistico del diritto reale in termini di agere licere⁷¹; dall'altro, la concezione del diritto reale come situazione complessa, sintesi di diritti ed obblighi⁷², che si esprime nella relazione qualificata di utilità tra soggetto e cosa.

⁷⁰ La dottrina del formalismo, invero, arriva a negare radicalmente la possibilità di concepire una qualsiasi relazione giuridica: anche quando più figure di qualificazione vengano ad esistenza simultaneamente in virtù di una medesima norma che prende in considerazione una stessa situazione presupposto non si può arrivare a trovare una relazione di complementarità tra le stesse di guisa da poter affermare che un contegno appaia come obbligatorio rispetto ad un altro perché, a parte i casi in cui riesce impossibile trovare il soggetto rispetto al quale il contegno appare come obbligatorio, nell'ottica del formalismo giuridico, le varie condotte non si stanno di fronte ma ognuna di esse sta di fronte alla norma in una posizione di incomunicabilità rispetto alle altre. A me sembra, tuttavia, che proprio la considerazione del profilo materiale delle figure di qualificazione legittimi l'interprete a non abbandonare del tutto il concetto di rapporto, che una volta persa la natura antropomorfa conferitale dalla Pandettistica, può ancora servire a valorizzare le relazioni di reciproca funzionalità che tra esse si instaurano al fine di costruire un sistema coerente delle situazioni giuridiche soggettive. Sul punto, si ritornerà oltre, nel testo.

⁷¹ Il riferimento è alla elaborazione scientifica di U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 15 ss., e di D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 2 ss.; ID., *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in *Scritti giuridici in onore di L. Barassi*, in *Jus*, 1943, p. 34 ss.; ID., *Guerra e pace*, cit., p. 326 ss. ad una simile concezione si è ispirato, del resto, anche G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, p. 238 ss.

⁷² Tale concezione ha avuto notevole successo nella civilistica italiana più autorevole a cominciare da F. ROMANO, *Diritto ed obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., passim, nella cui opera, pur mancando ogni accenno alla dottrina del Cammarata, non è estranea la logica del formalismo giuridico che emerge, come si chiarirà più innanzi, nella constatazione dell'autore secondo cui nel concetto del diritto reale si assommano il profilo dell'azione ordinante e quello della situazione ordinata; passando, poi, per M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 36 ss., che sviluppa lo spunto offerto, in tal senso, dal Romano; P. RESCIGNO, *Proprietà, diritto reale e credito*, cit., p. 472 ss.; ID., *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 44 ss.; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale*, cit., p. 31 ss. In tal senso, con particolare riguardo alla proprietà, principalmente, S. RODOTÁ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1284 ss.; PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, p. 162 ss. Sul tema si tornerà ampiamente, oltre, nel testo.

Quanto alla prima impostazione di pensiero, essa prende le mosse dalla riesumazione della figura di rapporto giuridico in una prospettiva che potrebbe astrattamente apparire condivisibile se non fosse per le successive implicazioni che se ne traggono. Si comincia col constatare la possibilità che in base ad uno stesso fatto si instaurino contemporaneamente più rapporti di qualificazione di guisa da determinare l'investitura in più soggetti di "situazioni giuridiche reciprocamente funzionali: le varie situazioni nello schema normativo si equilibrano e delimitano a vicenda e ognuna postula la giuridicità della o delle altre".⁷³ In questa prospettiva, il rapporto giuridico non è più rapporto intersoggettivo ma relazione di reciproca funzionalità che lega due o più situazioni giuridiche aventi in comune un'identica base di fatto.⁷⁴ È su questa premessa e sull'osservazione secondo cui la relazione tra le varie situazioni conseguenza nel rapporto giuridico può presentarsi in vari modi⁷⁵, che viene costruita la teorica del diritto soggettivo inteso come possibilità di agire o agere licere, a voler usare la diversa terminologia resa famosa grazie al contributo di altra autorevole dottrina⁷⁶, ed articolantesi in : a) possibilità di agire

⁷³ Così U. NATOLI, op. ult. cit., p. 16 ss., il quale si distacca in questo modo dal pensiero di Angelo Ermanno Cammarata, che arrivava ad ammettere semplicemente che preesistenti figure di qualificazione possano operare come elementi del fatto, presupposto di nuove conseguenze giuridiche e, quindi, di nuove figure di qualificazione. Il Natoli, sviluppando un simile spunto, ritiene che, spezzettando la fattispecie nei singoli rapporti di qualificazione, è possibile constatare come, di fronte ad una qualunque delle situazioni, l'altra o le altre che la norma instaura contemporaneamente a quella, e che funzionano come elementi del fatto presupposto si pongono in una relazione giuridicamente rilevante con la prima: quella che assurge a figura di qualificazione (conseguenza) di un certo rapporto, degrada ad elemento di fatto (causa), presupposto di una figura di qualificazione di un altro rapporto originatosi contemporaneamente al primo.

⁷⁴ Questa è la conclusione cui approda U. NATOLI, op. ult. cit., pp. 18-19, che gli consente di ritenere superate tutte quelle impostazioni che, nel tentativo di ricondurre anche i diritti assoluti (specie reali) nello schema fondamentale del rapporto giuridico intersoggettivo, avevano fatto ricorso all'espedito di configurare ora un rapporto giuridico a soggetti passivi indeterminati ora un rapporto giuridico tra soggetto e cosa.

⁷⁵ Secondo U. NATOLI, op. ult. cit., p. 28 ss. e 33 ss., le situazioni soggettive che, sotto l'aspetto della determinazione del comportamento ad opera della norma, si articolano essenzialmente in possibilità o libertà ovvero necessità di assumere un comportamento determinato a seconda che tale assunzione sia lasciata dalla norma alla scelta del soggetto di guisa che, qualunque esso sia, egli si trovi sempre in una posizione di conformità rispetto alla norma (situazione attiva) ovvero che la mancata assunzione del comportamento ponga l'agente in una posizione di difformità dalla regola e quindi di antiggiuridicità (situazioni passive), possono combinarsi in vario modo tra loro dando vita ai diversi tipi di rapporti, assoluti, relativi e potestativi.

⁷⁶ Pur muovendo da una prospettiva completamente diversa, empirica e non formalistica, rispetto a quella di Ugo Natoli, D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 2 ss., e ID., *Guerra e pace*, cit., p. 31 ss., giunge alla medesima conclusione. Il suo ragionamento sul diritto soggettivo, racchiuso nella "simbolica" scena campestre della massaia (la norma) ed i suoi polli, lasciati alla libera pastura (aventi diritto) ovvero trattiene (aventi dovere, obbligati) sfocia nella considerazione che "il diritto soggettivo, che nasce dalla protezione, perciò stesso non può essere protezione

autonoma propria dei diritti di godimento; b) possibilità di agire funzionale ad una necessità di agire che si rinviene nei diritti di credito o di obbligazione; e, infine, c) possibilità di agire funzionale ad una impossibilità di agire passiva in cui si ravvisa la categoria dei diritti di formazione o potestativi.

A chi abbia colto la linea fondamentale, il leit motiv del discorso da me condotto fino a questo punto, alla ricerca di una soluzione all'enigma dei diritti reali, apparirà alquanto agevole il rilievo secondo cui, ad avviso di chi scrive, la scelta di rintracciare l'essenza del diritto reale nella sua possibilità di agire autonoma rispetto alla cosa risulti, ancora una volta, condizionata da quella deformazione concettuale, di cui sono state già denunciate le precedenti applicazioni, consistente nel ravvisare l'identità tipologica e classificatoria dell'intera categoria dei diritti reali nel solo comportamento proprietario di guisa che, nel processo di astrazione generalizzante che in tal modo si compie, l'ossessione per il risultato dell'unificazione formale (sintesi) porta a trascurare il primo e fondamentale aspetto analitico, dal quale non si può prescindere ai fini della individuazione degli elementi conformi, costanti e di quelli difformi e variabili su cui costruire la "forma dei comportamenti".⁷⁷ Del resto, in questa sede, oltre a ribadire le critiche

(c.a.)", non è il guscio ma il gheriglio (riprendendo l'altra metafora divenuta famosa), il prodotto della protezione giuridica, diversamente da quanto si sono affannati a dimostrare i sostenitori della concezione personalistica. Il contenuto concettuale del diritto soggettivo è nella possibilità di agire ed il diritto reale, in particolare, è agere licere su una cosa in quanto il titolare "può da sé realizzare, estrarre dall'oggetto del rapporto, dal bene, la soddisfazione garantita", laddove, invece, il titolare di un diritto di credito non ha altro che "un'aspettativa tutelata di una prestazione" (e con ciò l'autore arriva ad escludere il diritto di credito dal novero dei diritti soggettivi e a relegarlo nell'ambito delle aspettative). Alla base del pensiero dell'autorevole giurista vi è il convincimento, già proprio del Cammarata e del Natoli, secondo cui l'ordinamento non è il regno della coazione in presenza di un torto bensì della libertà ordinata. Ed infatti, contro l'obiezione sollevata alla sua ricostruzione da G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, cit., p. 10, secondo cui l'agire lecito sarebbe un fatto sostanzialmente indifferente, irrilevante per l'ordinamento, l'autore replica retoricamente chiedendosi se "è proprio necessario perché ci sia diritto applicare delle sanzioni". Il diritto soggettivo deve esistere prima e senza il torto giacché mentre questo rappresenta una fase patologica delle relazioni giuridiche, il diritto soggettivo è una categoria fisiologica. Del resto, proprio il vizio insito nel ragionamento del Balladore Pallieri conduce il medesimo al risultato, paradossalmente opposto, di negare che il diritto reale sia diritto soggettivo, esauendosi il suo contenuto nell'indifferente giuridico!

⁷⁷ Ancora una volta brillano, non solo per la logica ma anche per il profondo senso giuridico, le affermazioni di S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., p. 24 ss., che si scaglia, per l'ennesima volta contro gli eccessi del concettualismo, di cui pur egli rivendica l'utilità quando conservi il suo carattere relativo rispetto all'ordinamento positivo (ID., *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, cit., p. 667 ss.): il diritto è concreta esperienza storica e la stessa scienza e tecnica del diritto hanno necessariamente una loro dimensione e tradizione storica da cui risulta influenzata l'esigenza di ordine e di unità sistematica; i dati dei problemi giuridici e delle ricostruzioni concettuali sono posti dal diritto positivo e non "arbitrariamente ed aprioristicamente posti con un procedimento intellettualistico, che

già sufficientemente puntuali ed articolate che sono state mosse alla ricostruzione del diritto soggettivo in termini di agere licere e volte a sottolineare, sul piano metodologico, come l'enfatizzazione del profilo contenutistico abbia condotto a trascurare del tutto la struttura e la funzione del diritto e, sul piano sistematico, come la vaghezza o addirittura l'equivocità dei concetti di "agere" e "licere" abbia reso impossibile la costruzione di una forma iuris sufficientemente delimitata e soprattutto coerente al suo interno⁷⁸, si ritiene di dover aggiungere un unico e decisivo rilievo critico, che costituisce il punto di partenza dell'ipotesi ricostruttiva che qui si intende adottare.

Innanzitutto, discorrere di diritto reale come possibilità di agire autonoma significa trascurare il fondamentale insegnamento del formalismo giuridico secondo cui il possibile in senso giuridico è precisamente ciò che residua dalla limitazione⁷⁹. Ritengo, infatti, che la chiave corretta per la soluzione dell'enigma dei diritti reali vada cercata a partire dall'approfondimento del concetto di limitazione che è rimasto fino ad ora in ombra, oscurato dalle molteplici versioni epifaniche del potere o possibilità che dir si voglia e passando per la individuazione del

è negazione di ogni concretezza storica e di ogni tradizione. L'errore metodologico compiuto dalla dottrina dell'agere licere, consisterebbe secondo l'illustre giurista, in linea con quanto esposto nel testo, nel fatto che "si pone a base del discorso, una definizione del diritto soggettivo come premessa maggiore del ragionamento, e la definizione non viene dedotta per via di analisi dalle due tipiche e tradizionali figure di diritti soggettivi, ma solo da una di esse". Sul punto, anche M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 47 ss. In più, rispetto a ciò, nel testo ho cercato di chiarire come la considerazione del solo dato proprietario, non sembra costituire un approccio metodologicamente corretto nemmeno ai fini della stessa costruzione della categoria del diritto reale, come agere licere rispetto ad una cosa, che non tiene conto delle profonde differenze, sotto il profilo delle situazioni presupposto, tra questa e le altre figure di diritti reali, differenze che mi propongo di esaminare attentamente in seguito.

⁷⁸ Entrambi i rilievi sono di S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., pp. 25-26. La critica di tale autorevole dottrina, quanto al secondo rilievo, si appunta sulla definizione di agere che il Barbero fornisce ove afferma che esso si concreti "in un comportamento in ordine alla cosa per appropriarsela (o) per soddisfare su di essa un proprio interesse". Infatti, quanto al comportamento finalizzato all'appropriazione, esso, da un lato, non costituisce esercizio del diritto di godimento ma risulta se mai finalizzato al suo acquisto e, d'altro canto, potrebbe concretarsi in un'attività illecita riguardi una cosa altrui. Del resto, e questo rilievo risulta perfettamente in linea con quanto si intende mettere in evidenza nel testo, identificare l'agere col godimento condurrebbe all'assurdo di ritenere che nel caso di costituzione di diritti reali su cosa altrui, "la proprietà non sarebbe un "diritto soggettivo" nel senso delineato finché fosse in vita il diritto di godimento. Quanto, invece, alla definizione di licere, allusiva a qualsiasi comportamento che, nella considerazione della norma, meriti un giudizio di conformità ovvero non solleciti alcun giudizio di riprovazione, le osservazioni dell'autore si collocano sullo stesso piano di quelle del Ballardore Pallieri e sono volte a sottolineare la contraddittorietà di una costruzione che legittima contemporaneamente a configurare un unico diritto soggettivo per ciascun soggetto coincidente con la sua sfera di libertà di azione lecita ovvero, per converso, a frammentarne l'essenza in molteplici estrinsecazioni corrispondenti alle singole e concrete manifestazioni dell'agere lecito.

⁷⁹ Così A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., p. 406.

modo di essere della relazione tra possibilità e limite. Del resto, non sembra che sia stata fino ad ora valorizzata l'intuizione, tutt'altro che nuova, secondo cui la figura dell'obbligo giuridico e più in generale del limite si presenti con carattere di priorità e di poeriorità logica sulle altre figure di qualificazione, intuizione condivisa sia dalla rappresentazione formalistica⁸⁰ come da quella naturalistica⁸¹ dell'esperienza giuridica. In secondo luogo, poi, nonostante la correttezza della premessa tesa a ridare nuova linfa alla figura del rapporto giuridico, privato di ogni residuo contenuto ontologico e ridotto a semplice strumento, attraverso il quale misurare la relazione tra situazioni giuridiche soggettive, la dottrina qui criticata ha finito col costruire il diritto reale come situazione giuridica autonoma e quindi essenzialmente irrelata.⁸²

5. – La seconda impostazione, tesa a configurare, invece, il rapporto reale in termini di relazione di utilità tra soggetto e bene, muove, contrariamente alla precedente, dalla enfattizzazione del risultato raggiunto dal formalismo giuridico secondo cui il problema della rilevanza giuridica di una situazione passa esclusivamente attraverso la qualificazione operata dalla norma, con il conseguente venir meno della necessità logica di servirsi del concetto di rapporto giuridico come schema fondamentale di qualificazione. L'idea che le varie figure soggettive (obbligo e facoltà) non debbano più essere collegate in un rapporto giuridico che le vede in irriducibile opposizione, tratta dall'insegnamento formalistico, viene portata alle sue estreme conseguenze attraverso l'applicazione di un metodo di indagine ispirato,

⁸⁰ Secondo A. E. CAMMARATA, op. ult. cit., p. 397 ss., il principio sopra espresso si può addirittura definire classico e di fondamentale importanza nella storia del concetto di legge. Nello stesso concetto di norma come criterio esclusivo di regolarità delle condotte, come forma necessaria di ciò che è conforme e difforme, è già implicito il fatto che l'obbligo è la figura di qualificazione giuridica preponderante sulle altre, e cioè sull'illiceità, che si instaura in conseguenza della violazione dell'obbligo e sulla possibilità che si determina in via residuale dalla limitazione.

⁸¹ Nella visione campestre di D. BARBERO, Guerra e pace, cit., p. 331, emerge con altrettanta sufficiente chiarezza l'idea espressa nel testo, ove si osserva che "come tra i polli, la prevalenza degli uni, lasciati alla libera pastura dipende dal fatto che gli altri siano trattenuti, così tra gli uomini, nell'ordine giuridico, la prevalenza degli uni è ottenuta dalla norma col dovere imposto agli altri".

⁸² Il riferimento contenuto nel testo è a U. NATOLI, Il diritto soggettivo, cit., p. 71 ss., specie 78 ss., il quale, invero, nell'approfondire il discorso sulle forme del contenuto del diritto soggettivo, arriva a riconoscere che i diritti reali, comprendono diritti che possono costituire situazioni autonome (tipico il diritto di proprietà) ovvero situazioni in un rapporto giuridico (l'usufrutto, le servitù) ma trascura ingiustificatamente di chiarire in cosa questo rapporto si estrinsechi. Del resto, con tale affermazione l'autore finisce con il riconoscere, egli stesso, che, nel costruire la categoria dei diritti di godimento intorno al concetto di possibilità di agire autonoma, ha adottando come unico dato lo schema proprietario.

paradossalmente, ad un accentuato realismo, metodo che tende a spostare il campo d'indagine dalla realtà normativa alla realtà sociale.⁸³ Ed è proprio il divenire della realtà sociale, secondo la dottrina richiamata, ad aver segnato il superamento dell'impostazione personalistica del diritto reale come situazione semplice di potere e ad imporne, invece, la sua affermazione in termini di situazione attiva, di vantaggio, a struttura composita, il cui contenuto è rappresentato da molteplici situazioni semplici (poteri, facoltà, obblighi) in una misura e proporzione variabile da diritto a diritto in considerazione della finalità di tutela avuta di mira dall'ordinamento.⁸⁴ D'altro canto, eliminata la sovrastruttura concettuale del rapporto tra i soggetti, è parso possibile valorizzare, nel diritto reale, la relazione di utilità che esiste tra soggetto e bene giuridico⁸⁵, che si manifesta in tutta evidenza nella realtà sociale e che il diritto valuta come situazione oggettiva meritevole di tutela. Emerge, in questi termini, come si è anticipato, una configurazione in chiave moderna della teoria classica del diritto reale⁸⁶, che ripone nuovamente la sua attenzione sulla peculiare relazione, giuridicamente rilevante, che collega il soggetto al bene.

Passando ad esaminare, in prospettiva critica, il duplice risultato conseguito dalla dottrina sopra esposta, non si può far a meno di

⁸³ Il riferimento è, innanzitutto, alla ricostruzione di M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 35 ss., nonché ID., *Diritti reali in generale*, cit., p. 20 ss., il quale, pur esplicitando la sua professione di fede per il realismo giuridico, fonda la sua ipotesi ricostruttiva, come si è chiarito nel testo, proprio su uno dei fondamentali risultati del formalismo giuridico, il formalismo che è stato espresso nelle precedenti attraverso il pensiero di Angelo Ermanno Cammarata e non già di quel formalismo di cui parla lo stesso Comporti equivocando sull'uso del termine in luogo di quello di dogmatica per ascrivervi la responsabilità di aver creato la categoria dei diritti assoluti, intesi alla stregua di posizioni giuridiche vantate rispetto agli omnes.

⁸⁴ Dalla valutazione del divenire sociale, secondo M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 50 specie 67, emerge chiaramente come al declino dell'autonomia della volontà individuale proprio nel settore in cui aveva manifestato la sua massima espressione, quello dei rapporti contrattuali si accompagni, nell'economia e nello Stato moderni una moltiplicazione dei diritti e dei doveri sociali, che trovano la sanzione più solenne nella carta costituzionale. Pertanto, se ancora si intende continuare a discorrere di diritto soggettivo, lo si può fare a patto di privare il termine della carica individualistica che lo ha sempre connotato e considerarlo in termini neutri come situazione giuridica soggettiva, accordata dall'ordinamento al soggetto per la tutela di uno specifico interesse al bene considerato meritevole dall'ordinamento, come strumento di potenziamento dell'individuo ai fini di un suo armonico inserimento nella società, nel rispetto dei limiti dettati dalle esigenze di solidarietà sociali. La posizione dell'autore si ricollega chiaramente alle nuove istanze del realismo giuridico, importate dagli ordinamenti di common law, che hanno riscosso successo presso una parte consistente della civilistica italiana. Sul punto, S. CASTIGNONE, voce *Realismo giuridico*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, XVI, Torino, 1997, p. 310 ss. Per alcuni spunti, si veda anche U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 77 ss.

⁸⁵ Ad avviso di M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 37, tale relazione soggetto bene è giuridicamente rilevante per l'identificazione del tipo normativo del diritto reale ma non si configura come rapporto giuridico né tra soggetto e cosa né tra soggetto e altri consociati.

⁸⁶ L'ammissione è dello stesso M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 74.

rilevare, per l'ennesima volta, che la considerazione dello schema proprietario abbia finito con l'influenzare in maniera decisiva anche tale proposta ricostruttiva di guisa che, per uno scherzo della sorte, proprio coloro i quali avevano con tanta veemenza denunciato codesta distorsione concettuale ne diventano vittime.⁸⁷

La configurazione del diritto reale in termini di situazione giuridica composita, il cui contenuto risulta dalla combinazione di poteri ed obblighi, costituisce, infatti, il rivoluzionario punto di approdo di uno studio critico sulla proprietà⁸⁸ in cui, caduto ogni residuo dell'impostazione individualistica, viene valorizzata la nuova fisionomia sociale della proprietà che emerge dalla costituzione repubblicana.

Nell'ambito del fervente dibattito sulla compatibilità dei concetti di funzione e diritto soggettivo, sorto, peraltro, già anteriormente alla codificazione del 1942 e risolto nel senso di negare l'ammissibilità di un vincolo funzionale, specie in relazione alla proprietà, massima estrinsecazione della libertà individuale⁸⁹, la dottrina qui richiamata, che

⁸⁷ Il riferimento è oltre a M. COMPORTI, op. ult. cit.; anche a F. ROMANO, Diritto ed obbligo, cit., a cui il primo si è ispirato nella costruzione di una nozione composita di diritto reale.

⁸⁸ Si allude a S. RODOTÁ, Note critiche in tema di proprietà, cit., p. 1252 ss.; ID., voce Proprietà (diritto vigente), in Noviss. Dig. It., Torino, 1967, p. 125 ss.; ID., Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata, Bologna, 1982, passim.

⁸⁹ In tutti gli studi storici (e non solo) sulla proprietà viene messa in evidenza la circostanza che il primo e fondamentale contributo nel senso del superamento della concezione individualistica della proprietà e di una sua considerazione solidaristica, nondimeno in linea con il radicale mutamento dell'assetto socio-economico dei primi decenni del novecento e con l'imperante ideologia fascista, proviene dalla Relazione al Re, di accompagnamento al nuovo codice (20-21), ove si condannano le degenerazioni nel concetto di proprietà, ispirate alla concezione individualistica che aveva fatto di questo istituto quasi il simbolo di una sovranità privata contrapposta a quella dello Stato: "come tutti gli altri diritti, anche quello di proprietà ha una finalità di carattere sociale per cui l'ordinamento li conferisce all'individuo. È l'interesse della società nazionale che insieme con quello del singolo il diritto tutela". Del resto, che questa non fosse la manifestazione di un pensiero sporadico bensì l'espressione di un'istanza diffusa è confermato dalla considerazione della definizione di proprietà, contenuta nel più importante tra i progetti di codice che furono elaborati, il progetto preparato dalla Commissione reale che, all'art. 12, disponeva: "la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso". Nonostante i numerosi segni di questo fermento concettuale intorno al tema della funzione sociale della proprietà (si pensi, tra gli altri, al contributo di F. VASSALLI, Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, p. 99 ss.; L. BARASSI, Il diritto di proprietà e la funzione sociale, p. 183 ss.; F. FERRARA sr., La proprietà come "dovere sociale", p. 277 ss.; L. CARIOTA FERRARA, Gli interessi della produzione nel progetto del codice civile, p. 301 ss., tutti in AA. VV., La concezione fascista della proprietà privata, Roma, 1939) si preferì non inserire nel testo del nuovo codice una definizione di proprietà che contenesse un riferimento alla sua funzione sociale e ciò principalmente perché ciò avrebbe significato "togliere sicurezza e stabilità ad un rapporto giuridico fondamentale" (così F. VASSALLI, op. ult. cit., p. 107): il timore paventato da molti giuristi era infatti che, in assenza di una delimitazione legislativa della nozione di funzione sociale, essa sarebbe stata affidata agli organi giudiziari o a quelli della amministrazione attiva, innescando arbitrii e ingiustizie. Per chi voglia approfondire il tema della ricostruzione storica della funzione

ha riscosso il consenso della civilistica più autorevole⁹⁰, ha creduto di rinvenire nella sanzione costituzionale (art. 42)⁹¹ la conferma

sociale della proprietà, si rinvia, tra gli altri ad A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, p. 185 ss.; M. COMPORTI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 285 ss., specie 313; ID., *Contributo*, cit., p. 114 ss.; S. RODOTÁ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1337 ss.; ID., voce *Proprietà (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1967, p. 131 ss.; ID., *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1982, p. 175 ss.; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (Artt. 832-833)*, in *Cod. civ. Comm.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 45 ss. Meritano, altresì, di essere riferiti gli accorti rilievi di P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, p. 65, il quale ha evidenziato la profonda differenza esistente tra la solidarietà tipica del regime fascista e, quindi, del codice del '42 e quella costituzionale: mentre la prima è una solidarietà esclusivamente produttivistica, economicistica, la solidarietà costituzionale è una solidarietà che si ispira innanzitutto alla realizzazione della persona umana, al rispetto della dignità dell'uomo. Tale spunto è stato di recente sviluppato da E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli-Camerino, 1998, p. 29 ss., il quale muovendo da tale distinzione ritiene di poter ravvisare, nell'ambito della disciplina della proprietà, accanto ad una riserva di legge, posta dalla costituzione a tutela dei valori esistenziali, una riserva di legalità, espressa dalle norme che fissano uno statuto minimo della proprietà e dei rapporti reali e che concorre nell'affermazione dei valori di un mercato libero e concorrenziale. Per una critica si rinvia a quanto si dirà nel prossimo capitolo.

⁹⁰ Il riferimento è, oltre a F. ROMANO, op. ult. cit., p. 225 ss., specie p. 228, il quale concorda sul fatto che la funzione sociale faccia il suo ingresso nel corpo delle regole che conformano la proprietà, diviene elemento della definizione strutturale della proprietà; a M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 117, secondo il quale la funzione sociale costituisce un preciso limite costituzionale, immediatamente operante nel contenuto stesso del diritto di proprietà; nonché a P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 69 ss. e 162 ss., il quale rileva come già dalla definizione contenuta nell'art. 832 c.c. emerga con chiarezza il fatto che, ormai, il proprietario è titolare non solo di situazioni attive ma è altresì sottoposto ad obblighi di contenuto positivo, a comportamenti che fanno ormai parte della stessa definizione di proprietà ma è soprattutto la considerazione del dato costituzionale, che è parte integrante e dominante del sistema normativo, a convincere l'interprete che "la stessa struttura della proprietà realizza la complessa funzione di solidarietà sociale che le affida la Costituzione: la proprietà non costituisce più diritto soggettivo ma "situazione di potere-dovere, in cui l'aspetto negativo, limitativo, obbligatorio assume una fisionomia prevalente" (sic!). Né, pertanto, secondo l'autore, avrebbe più rilevanza la soluzione dell'annosissima questione se la proprietà "ha" od "è" una funzione sociale – nel primo caso, la situazione giuridica è riconosciuta sempre nell'interesse del titolare, salvo ad essere occasionalmente orientata socialmente, mentre nel secondo caso è attribuita nell'interesse collettivo e ad esso, essenzialmente, conformata – giacché tra le due alternative non è ravvisabile una netta demarcazione se si considera che la proprietà "da diritto soggettivo tende a divenire potestà" (p. 162). Sul punto, in posizione fortemente dubitativa, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, rist., 1964, p. 278, (al quale, peraltro, si deve il fondamentale merito di aver sviluppato, attraverso un'analisi scientifica dei diversi statuti proprietari, lo spunto offerto da F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa*, cit., p. 103, che aveva già intuito che "non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà") il quale nega che allo stato attuale del sistema normativo l'interprete sia legittimato a raffigurare la proprietà in termini potestativi ritenendo che tutto sia rimesso alle scelte concrete del legislatore. Infine, aderisce alla corrente di pensiero tesa a collocare le posizioni debitorie nel contenuto della proprietà, come espressione della sua funzione sociale, P. RESCIGNO, *Per uno*

inequivocabile dell'idea che la funzione connoti intrinsecamente il contenuto e la struttura di siffatta situazione giuridica soggettiva.

L'ultimo passo verso la costruzione della proprietà come situazione giuridica complessa è compiuto con la logica rigida e apparentemente inattaccabile del sillogismo giacché se la funzione deve essere considerata come componente della struttura della proprietà, allora tutti quei dati che ad essa sono riconducibili (obblighi, oneri, vincoli), non possono, dunque, rimanerne all'esterno.⁹² La distorsione concettuale, ereditata dalla tradizione, ha consentito di compiere il passo ulteriore e di ritenere, quindi, che l'ordinamento utilizzi il potere ed il dovere come strumenti concorrenti per la determinazione di ogni situazione reale⁹³, con il rilevante vantaggio di superare l'espedito tradizionale di convogliare tutti gli aspetti di obbligo connessi con le situazioni reali nell'ambito dell'indistinto contenuto del vaso di Pandora delle obbligazioni propter rem⁹⁴. Ed, infatti, una simile operazione, volta

studio, cit., che pone a raffronto la formula della funzione sociale della proprietà, sancita dalla costituzione italiana, con la concomitante formula della "proprietà che obbliga" della Costituzione tedesca del primo e secondo dopoguerra.

⁹¹ Contrariamente all'avviso della dottrina citata nelle note precedenti che ha reputato la normativa costituzionale idonea a fondare l'ordine proprietario su basi interamente nuove, autorevoli esponenti della civilistica italiana hanno notevolmente ridimensionato l'importanza di tale disciplina evidenziandone la portata esclusivamente declamatoria (così R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968, p.76 ss.; nonché A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, VIII, t. 2, Milano, 1995, p. 92, il quale puntualmente osserva come sia erroneo "affermare che secondo la nostra costituzione la proprietà in modo tale da assicurare la priorità in ogni momento degli interessi collettivi rispetto a quelli imputabili alla proprietà privata"). In posizione intermedia, U. MATTEI, *La proprietà*, in Tratt. dir. civ., diretto da R. Sacco, I diritti reali, I, con la collaborazione di A. Chianale e R. Caterina, Torino, 2001, p. 105 ss., secondo il quale la funzione sociale di cui all'art. 42 cost. ha in sé un potenziale di rottura rispetto alla concezione liberale classica della proprietà, ma che allo stesso tempo la sua natura declamatoria richieda uno sforzo interpretativo piuttosto intenso ed articolato per addivenire ad una messa in opera.

⁹² Il rilievo è, naturalmente, di S. RODOTÁ, *Note critiche*, cit., p. 1297. Secondo F. ROMANO, op. ult. cit., p. 226, l'ordinamento nella sua essenziale concretezza riesce a conciliare in un'unitaria figura due figure da sempre considerate in antitesi, il potere ed il dovere, "dalla cui diversa commisurazione emerge il risultato obiettivamente interminabile di valore della proprietà".

⁹³ In questo, senso, per primo, F. ROMANO, op. ult. cit., p. 54 ss.; e successivamente, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 35 ss. e 53 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio*, cit., p. 45 ss.

⁹⁴ Categoria di esclusiva elaborazione dottrinale, in mancanza di una disciplina normativa generale, l'obbligazione propter rem o reale può essere definita come una species di obbligazione ambulatoria, che grava cioè a carico del titolare di un diritto reale limitato, per il solo fatto della titolarità, di guisa che si trasmette automaticamente a tutti i successivi aventi causa dal titolare anche in mancanza di un esplicito atto di consenso. Per amore di verità e a scanso di ogni accusa di superficialità ritengo opportuno chiarire che la dottrina che si è occupata ex professo del tema (tra gli altri, L. BIGLIAZZI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XI, 3, Milano, 1984, p. 5 ss.) ha precisato che mediante il trasferimento a qualunque titolo

del diritto (o del possesso, considerato dall'autrice sopra richiamata, altra causa obbligandi), non si attuerebbe una vera successione nel debito ma piuttosto si assisterebbe al duplice fenomeno della estinzione dell'obbligazione per il venir meno della causa obbligandi e della sua ricostituzione in capo al nuovo titolare sicché solo impropriamente si potrebbe discorrere di essa in termini di obbligazione ambulatoria: ambulatoria non sarebbe l'obbligazione ma la possibilità del suo sorgere. Siffatta ambulatorietà, pur intesa in senso lato, ha accomunato nel pensiero dottrinale tradizionale, la figura dell'obbligazione reale a quella dell'onere reale, categoria che trae la sua origine dalle fattispecie delle decime e prebende del diritto consuetudinario germanico e la cui definizione può essere, peraltro, agevolmente desunta dal § 1105 del BGB che ancora oggi contempla l'istituto della Reallast, intesa come peso oggettivamente gravante su un fondo di guisa che "dal fondo medesimo devono essere corrisposte prestazioni periodiche in favore di colui a cui vantaggio il peso è costituito" (sulla figura, si leggano le interessanti considerazioni di C. FADDA e P. E. BENSA, Note dei traduttori al libro II, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 563 ss.). La difficoltà di rintracciare nell'ordinamento italiano vigente una figura normativa corrispondente alla Reallast – salvo ciò che resta degli antichi livelli fondiari, si è proposto (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 480 e 518) di ricondurvi gli oneri derivanti dai contributi consorziali (art. 864 c.c.) nonché il canone enfiteutico (art. 961 c.c.) ma la figura è notevolmente discussa (per la negativa, L. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., p. 79 ss.; nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, La proprietà, Milano, 1999, p. 143) – ha reso assai arduo il compito della dottrina di tracciare i confini tra le due figure al punto che nelle impostazioni più recenti si assiste ad un'agnostica rinuncia. Rinviamo per tali profili al contributo degli autori che si sono occupati ex professo della questione (L. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., p. 12 ss.; nonché A. FUSARO, *Obbligazione propter rem ed onere reale*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, XII, Torino, 1995, p. 390 ss.), qui si intende solo sottolineare come, quantunque originata da siffatta esigenza di distinzione classificatoria, merita di essere condivisa l'osservazione di un autorevole giurista (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 82) che ha rilevato come nelle obbligazioni reali "la posizione passiva o attiva del rapporto è, diversamente dall'onere, collegata intrinsecamente (c.a) alla posizione attiva del soggetto in un rapporto reale". Con ciò s'intende mettere in evidenza come la dipendenza del rapporto obbligatorio da quello reale non si esaurisce nel profilo formalistico della individuazione del soggetto passivo del rapporto ma postula una subordinazione funzionale di tali obbligazioni, che, infatti, trovano la loro giustificazione, come sarà chiarito nel prossimo capitolo, nell'esigenza di assicurare la piena attuazione in concreto del programma di utilizzazione del bene, predisposto dal legislatore ovvero dall'autonomia contrattuale, nel rispetto del modulo tipologico fondamentale dello specifico diritto reale. L'obbligazione propter rem rappresenta, ad avviso di chi scrive, il fondamentale strumento con cui all'ordinamento od ai privati – senza, peraltro, incontrare i limiti del principio di tipicità dei diritti reali (ma sul punto, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti sembrando di avviso contrario) – è concesso di regolamentare l'esercizio del diritto reale al fine di garantire che la concreta conformazione del contenuto del diritto non resti frustrata nella sua attuazione. In tal senso, del resto, si è espressa la costante giurisprudenza, in materia di prestazioni accessorie al contenuto della servitù (art. 1030 c.c.), che costituiscono forse la più nota ed indiscussa fattispecie di obbligazioni reali, unitamente agli obblighi posti dall'art. 1104 c.c. a carico di ciascun comproprietario al fine di contribuire alle spese necessarie per la conservazione ed il godimento della cosa comune: Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Arch. locazioni*, 2000, p. 885 secondo la quale mentre "l'onere reale è una qualità giuridica dell'immobile e da esso inseparabile, con l'effetto di obbligare il proprietario, in quanto tale, ad eseguire prestazioni positive e periodiche, di dare o fare, a favore del proprietario di altro immobile o di altro soggetto", l'obligatio propter rem è un legame indissolubile tra l'obbligazione e la cosa, e la sua funzione causale giustifica l'individuazione del soggetto obbligato nel

a sterilizzare i profili obbligatori rinvenibili nel contenuto dei diritti reali tipici in termini di obbligazioni reali, è stata riguardata, nell'impostazione considerata, come l'espressione del tentativo estremo della dottrina di stampo individualistico di salvaguardare la purezza del nucleo strutturale delle situazioni reali in termini di potere relegando l'obbligo in una posizione di mera accessorietà⁹⁵. Andando, in particolare, ad approfondire le modalità attraverso le quali si realizza, nella costruzione presa in esame, la connessione ab intrinseco dell'obbligo al diritto reale, risulta innanzitutto l'enucleazione di quei doveri che "commisurando il potere sulla res danno luogo alle varie figure di diritti reali".⁹⁶ In altri termini, nella situazione reale concorrerebbero, da un lato, il profilo individualistico che si esprime da sempre nel potere assoluto ed irrelato del soggetto sulla res⁹⁷ e, dall'altro, il profilo solidaristico che emerge nell'esigenza stessa del riconoscimento da parte dell'ordinamento: esso si ottiene delimitando la situazione soggettiva rispetto alle altre con cui deve coesistere ed "il limite si traduce nell'aspetto tecnico del dovere"⁹⁸. Se, dunque, non solo il potere ma anche il dovere si atteggia a fattore conformante la situazione reale, in termini concreti l'inosservanza del dovere che conforma tale situazione ha come conseguenza "il disconoscimento" dell'azione in cui esso si esprime come azione

titolare del diritto reale sulla res; nonché Cass., 29 agosto 1998, n. 8610 in Rep. Foro it., 1998, voce Servitù [6180] e Cass., 13 giugno 1995, n. 6683, in Rep. Foro it., 1995, voce Servitù [6180], che sottolineano entrambe come "la servitù può comportare per il proprietario del fondo servente l'obbligo di un facere, purché esso costituisca solo un'obbligazione accessoria che non esaurisce l'intero contenuto della servitù, in quanto volto solo a consentirne il completo esercizio (c.m.)". Si rinvia per ogni ulteriore approfondimento alle trattazioni sopra richiamate. Restano, in ogni caso, classici gli scritti di G. BALBI, *Obbligazione reale*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 666 ss.; B. BIONDI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 341 ss.

⁹⁵ Incisivamente F. ROMANO, *Diritto ed obbligo*, cit., p. 115, descrive l'opera della dottrina impegnata invano a dimostrare l'esteriorità del profilo obbligatorio rispetto alle situazioni reali come "l'affaticarsi di Penelope, ché dipoi tutta quella obbligatorietà intessuta si scioglie di fronte alla affermazioni di una miscela di due tipi di rapporto".

⁹⁶ F. ROMANO, op. ult. cit., p. 119 ss., il quale chiarisce che, ad esempio, il dovere di non alterare la destinazione economica del bene (art. 981 c.c.) rientra nell'ambito dei doveri che conformano la situazione reale in quanto rappresenta un aspetto costitutivo della situazione reale di usufrutto ed una sua alterazione implicherebbe il venir meno della figura. Così pure l'obbligo di miglioramento del fondo enfiteutico nell'enfiteusi (art. 960 c.c.) ed ancora l'obbligo di non compiere atti emulativi nella proprietà (art. 833 c.c.).

⁹⁷ Il riferimento è alla ricostruzione di Santi ROMANO, voce *Doveri. Obblighi*, cit., condivisa da Francesco Romano.

⁹⁸ Così F. ROMANO, op. ult. cit., p. 189, che chiarisce altresì come il potere e dovere, che conformano la situazione reale siano entrambi assoluti in quanto riferentisi ad ognuno dei soggetti in rapporto con la res. Il generico dovere del *neminem laedere*, in cui, si è visto, finisce con l'esaurirsi la posizione passiva riconducibile agli omnes nell'ambito dei rapporti assoluti, può essere considerato secondo l'autore, "la traduzione in termini generali dei singoli doveri in cui si fonda la completezza e l'assolutezza delle sfere soggettive".

riconducibile alla situazione stessa,⁹⁹ disconoscimento che, alla luce dei contributi dottrinari più recenti, può descriversi, in generale, in termini di abuso del diritto.¹⁰⁰ Accanto a tali doveri assoluti che conformano la struttura delle situazioni reali, sarebbero configurabili, poi, "altre figure

⁹⁹ F. ROMANO, op. ult. cit., p. 195 ss., offre una serie di argomenti normativi a conferma del fatto che l'inosservanza del dovere conformante la situazione reale conduca al disconoscimento dell'azione in cui esso si esprime in termini di diritto reale: così, l'enfiteuta che non migliora il fondo è soggetto alla devoluzione; l'usufruttuario che altera la destinazione economica è soggetto alla disciplina dell'abuso; il proprietario che compie atti emulativi non è coperto dalla tutela del suo diritto offerta dall'ordinamento. Per una diversa ricostruzione sistematica dei dati normativi qui richiamati dal Romano, si rinvia a quanto si dirà, nel prossimo capitolo a proposito del regolamento dell'esercizio del diritto reale.

¹⁰⁰ Com'è noto, la teoria dell'abuso del diritto, sorta nel contesto giusnaturalistico caratterizzato dalla massima espansione del concetto di diritto soggettivo come situazione essenzialmente illimitata sotto il profilo del potere di agire riconosciuto al suo titolare, è stata elaborata (per un'ampia ricostruzione storica della figura dell'abuso, S. PATTI, voce Abuso del diritto, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), I, Torino, 1987, p. 1 ss.) al fine di sanzionare le ipotesi di sviamento, usando una terminologia tratta dal diritto amministrativo, ovvero di alterazione nella funzione oggettiva dell'atto rispetto al potere che lo configura. Poiché la tutela accordata dall'ordinamento al diritto soggettivo è considerata potenzialmente senza limiti, attraverso la teoria dell'abuso si intende colpire quelle attività che, pur rientrando nell'ambito dei poteri riconosciuti al titolare, tuttavia, devono ritenersi viziate nel fine perseguito, opposto rispetto alla giustificazione normativa della tutela (così Salv. ROMANO, voce Abuso del diritto, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 166 ss., U. NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958, p. 18 ss.; ID., La proprietà. Appunti dalle lezioni, I, Milano, 1980, p. 175 ss., ove il divieto degli atti emulativi ex art. 833 c.c. viene ricondotto nell'ambito dei limiti esterni del contenuto della proprietà configurandosi come "impossibilità (giuridica) pura e semplice di un comportamento [astrattamente conforme al contenuto del diritto e perciò stesso, a prima vista, (giuridicamente) possibile]"; U. BRECCIA, L'abuso del diritto, in Dir. priv., 1997, p. 5 ss.). Invero, la dottrina più attenta, dopo aver messo in rilievo l'estrema bizzarria ed, in ogni caso, la discutibilità del *modus procedendi* dei teorici dell'abuso del diritto che "antepongono la teorizzazione del diritto soggettivo a quella dell'abuso del diritto", arrivando inevitabilmente alla barocca costruzione dell'abuso come "correttivo della nozione di diritto soggettivo previamente elaborata in termini ontologici ed ideologici" (V. GIORGIANNI, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963, p. 255, nt. 2) arriva alla conclusione che la figura dell'abuso resti privata di ogni significato dogmatico ove si qualifichi, invece, il diritto soggettivo come situazione il cui contenuto risulti delimitato in vista delle più volte indicate esigenze di solidarietà sociale. In proposito, si è acutamente rilevato come il diritto soggettivo arrivi fin dove comincia la sfera della solidarietà e, quindi, gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza che esprimono le istanze concrete della solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, bensì "ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto" (F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali, cit., p. 77, che individua nel principio di solidarietà sociale e nell'interesse concreto del titolare – arg. ex art. 840 c.c. – i due fondamentali limiti del contenuto del diritto soggettivo. In senso analogo, P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 205 ss.; A. IANNELLI, La proprietà costituzionale, cit., p. 291 ss. In posizione sostanzialmente autonoma, si pongono, M. COSTANTINO, Contributo, cit., p. 161 ss.; D. MESSINETTI, Abuso del diritto, in Enc. dir., II (aggiornamento), Milano, 1998, p. 1 ss.)

alle quali più propriamente si conviene il nome di obbligazioni”, in quanto riconducibili nell’ambito di situazioni di rapporto, il rapporto che unisce due soggetti rispetto alla medesima res.¹⁰¹ Tali situazioni, strumentali al contemporaneo esercizio dei rispettivi poteri in ordine alla cosa ed alla salvaguardia delle relative sfere patrimoniali, sarebbero assoggettate sul piano disciplinare alla normativa generale dettata in tema di obbligazioni¹⁰² e costituirebbero altresì il campo eletto di esplicazione del potere di autonomia privata, al contrario della prima specie di doveri, ai quali, in quanto elementi di configurazione, insieme ai complementari poteri, delle situazioni reali sarebbe affidata la “statica” dell’ordinamento, sottratta all’autonomia privata¹⁰³.

A conclusione dell’ampia disamina di una tesi, pur svolta col rigore sillogistico delle sue argomentazioni, non si può fare a meno di constatare come essa susciti in un lettore ordinariamente avveduto notevoli perplessità. Del resto, lo strumento sillogistico – è un dato scientifico acquisito – se non è applicato correttamente rischia di condurre a risultati che hanno poco di scientifico e molto di paradossale come nell’esempio divenuto famoso: i ladri escono di notte (P); Socrate esce di notte (p); ergo, Socrate è un ladro (c). Ebbene, la diffusa convinzione della profonda correttezza morale di Socrate ci rende edotti della circostanza che qualcosa non funzioni, che ci sia un vizio nel meccanismo sillogistico. E l’errore, a ben vedere, risiede nella mancanza di verosimiglianza della premessa maggiore: invero, di notte non escono solo i ladri ma anche gli operai, i panettieri, i viveurs, gli insonni e... Socrate. Così, tornando al fondamentale sillogismo su cui viene costruita la teoria della struttura complessa della situazione reale, articolantesi in poteri e doveri ugualmente conformanti, risulta assolutamente indimostrata una delle premesse fondamentali del

¹⁰¹ F. ROMANO, op. ult. cit., p. 62, il quale adduce come esempi gli obblighi d’inventario e garanzia gravanti sull’usufruttuario ai sensi degli artt. 1002-1003 c.c.; di custodia e manutenzione della cosa oggetto di usufrutto (art. 1004 c.c.); le obbligazioni nascenti in conseguenza del principio di ingiustificato arricchimento ai sensi degli artt. 975, 985-986 c.c.; gli obblighi che trovano il loro fondamento in una causa di scambio come il pagamento del canone nell’enfiteusi. Si rinvia a quanto si dirà nel prossimo capitolo, in ordine alla collocazione sistematica delle norme richiamate nell’ipotesi ricostruttiva adottata.

¹⁰² Concorro con Francesco Romano (cum aliis) in ordine alla possibilità di applicare alle obbligazioni come strumenti a disposizione dell’autonomia privata per regolare le modalità di esercizio dei diritti reali la disciplina generale di cui agli artt. 1173 ss. c.c.).

¹⁰³ Nell’occuparsi della vexata quaestio del fondamento del *numerus clausus* dei diritti reali, F. ROMANO, op. ult. cit., pp. 72-73, sottolinea come la libertà dei privati di conformare i rapporti obbligatori e giammai quelli reali troverebbe la sua giustificazione nella circostanza che la situazione reale come competenza rispetto ad una res costituisce il punto di partenza ed il punto di arrivo di ogni attività dei privati nel campo patrimoniale (la “statica” dell’ordinamento appunto, a voler usare la terminologia dell’Heck), mentre il rapporto obbligatorio ed il suo contenuto hanno un valore esclusivamente strumentale che consente di considerarli liberamente conformabili. Mi permetto di rinviare ancora una volta al prossimo capitolo, ove verrà esplicitata la ragione tecnica rinvenuta per il principio di tipicità dei diritti reali nell’ipotesi ricostruttiva adottata.

riferito ragionamento: perché ed in che modo il limite si traduce nell'aspetto tecnico del dovere? Non appare affatto soddisfacente, in proposito, la considerazione di carattere opportunistico secondo cui "la traduzione del limite in termini di dovere permette di ovviare alla notazione della assoluta genericità che di solito rende vago il termine"¹⁰⁴, ove si rilevi che il limite e l'obbligo, nella costante ricostruzione dottrinale, operano secondo un meccanismo tecnico profondamente diverso¹⁰⁵: il limite ha un contenuto negativo che si traduce nella restrizione della sfera della possibilità di agire del titolare del diritto limitato, atteggiandosi in "un non potere puro e semplice o in un non potere se non a certe condizioni od in un certo modo ovvero in un non poter impedire, quale conseguenza di un fatto incidente sull'estensione stessa e/o sull'esercizio del diritto"¹⁰⁶. D'altro canto, se

¹⁰⁴ In questi termini, F. ROMANO, op. ult. cit., p. 202, il quale richiama, a suggello dell'opinione espressa, l'autorità di Salvatore Pugliatti, di cui non intende a pieno il pensiero, come sarà chiarito nella nota successiva.

¹⁰⁵ L'affermazione espressa nel testo, come si accennava, è condivisa, tra gli altri, da S. PUGLIATTI, Strumenti tecnico giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 106 ss., specie 114, nonché ID., *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, ivi, p. 139 ss., che si preoccupa di individuare e distinguere gli strumenti tecnici attraverso i quali il legislatore realizza il temperamento tra l'interesse privato e quello pubblico nella proprietà ed osserva che, mentre il limite "ha contenuto negativo: restringe il contenuto del diritto, riduce la sfera alla quale normalmente si estendono le facoltà del proprietario", con l'obbligo e l'onere si impongono a costui dei vincoli aventi contenuto positivo, ai quali il soggetto, nel caso dell'onere, "non è tenuto in senso assoluto, ma soltanto se voglia ottenere mediante l'esercizio del proprio diritto un dato risultato" e, nel caso dell'obbligo, incondizionatamente senza potersi sottrarre; vincoli che lasciano inalterato il nucleo strutturale del diritto e si collocano "nella cornice di un rapporto personale, connesso alla situazione soggettiva reale" (così S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, ivi, p. 280: invero, la considerazione della disciplina costituzionale sembra porre l'autore in una posizione autodubitativa – in proposito, si veda quanto già anticipato nella precedente nota 90 – ancorché non espressa in termini di decisa negazione delle precedenti conclusioni quanto piuttosto di apertura alle influenze trasformatrici che la nuova legislazione potrebbe avere sull'istituto proprietario). Sul punto, si vedano, altresì, le considerazioni di U. NATOLI, *La proprietà*, op. cit., p. 150 ss., che, riprendendo le osservazioni di Pugliatti, insiste fortemente sulla necessità di tener distinti gli obblighi che possono venir imposti al proprietario dai limiti veri e propri giacché diversamente da questi, non toccano il contenuto della situazione ma rappresentano "una sorta di superfetazione, l'espressione di singoli rapporti personali (generalmente nei confronti della pubblica amministrazione) che trovano la loro base nel diritto di proprietà ma non fanno parte del contenuto di questa.

¹⁰⁶ In tal senso L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 26 ss., e più ampiamente, ID., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XI, 1, Milano, 1979, p. 21 ss., ove la medesima ribadisce in termini chiari – anche se non condivisibili da chi scrive, come verrà qui di seguito esplicitato – la tradizionale distinzione tra limiti interni e limiti esterni al contenuto del diritto (con specifico riferimento alla proprietà): "mentre i primi – che risultano connaturati alla situazione cui ineriscono – si riportano alla stessa ragione giustificativa di essa, incidendo immediatamente ed all'origine sul relativo contenuto sì da concorrere alla definizione quantitativa e formale di questo e da segnare in tal modo il confine, oltrepassato il quale il potere cessa e si apre la zona della impossibilità giuridica; i secondi, la cui ricorrenza è puramente occasionale, si

l'intento pratico perseguito con la ricostruzione qui criticata è astrattamente meritevole in quanto finalizzato a superare le estreme difficoltà in cui sono incorse la dottrina e la giurisprudenza tradizionali nel discernere gli elementi di conformazione strutturale delle situazioni giuridiche reali (limiti) dagli obblighi accessori e strumentali rispetto alle medesime, difficoltà testimoniate dalla tendenza schizofrenica ora ad ampliare ora a restringere la categoria delle obbligazioni *propter rem*, si deve tuttavia, osservare, pur con sommo rammarico, che lo strumento tecnico utilizzato si è rivelato scarsamente adeguato allo scopo. Infatti, da quanto si è avuto cura di riferire, anche la dottrina in parola si è

ricollegano alla più o meno contingente coesistenza di situazioni di vantaggio riferibili a terzi o alla esigenza di soddisfacimento di un interesse altrui, sia pure a volte oggettivamente considerato, riflettendosi soltanto sulla concreta attuazione del potere, sì da paralizzarne più o meno parzialmente l'esercizio o da variamente influire sul come (cioè sulle modalità) di quell'esercizio in concreto. Invero a me sembra, tuttavia, che il carattere legale o convenzionale, connaturato od occasionale del limite non incida sulla struttura del medesimo al punto da ritenere che in un caso si abbia un limite del diritto e nell'altro un limite dell'esercizio. Il limite è sempre limite dell'azione giuridicamente rilevante rispetto al modulo di potere predisposto dall'ordinamento per il singolo diritto: riguarda l'actio in rapporto all'agere e non l'actum in rapporto all'actio. Si può delimitare l'azione in potenza rispetto al modulo ma non l'atto nel suo svolgersi che, in quanto tale, è. L'esercizio, la traduzione dell'azione in atto, non è delimitabile ma regolabile nelle sue concrete modalità (tali affermazioni, apparentemente sibilline, risulteranno più chiare alla luce delle considerazioni esposte nel capitolo successivo). La natura del limite, legale o convenzionale che esso sia, è quella di restringere le azioni giuridicamente riconducibili ad un certo potere attribuendo rilevanza alle une ed escludendo l'idoneità delle altre ad esprimere quel potere. Così non è diversa la situazione del proprietario che compia atti emulativi (commettendo quello pseudo abuso del suo diritto, di cui si è discusso qualche nota avanti) rispetto a quella del proprietario che si intrometta nel godimento di un bene, concesso in usufrutto: in entrambi i casi (proprietà limitata dalla funzione sociale o dalla esistenza di un diritto reale di usufrutto) le azioni poste in essere non sono idonee ad esprimere alcun potere giuridicamente rilevante sul bene né, quindi, a sollecitare la tutela per esso predisposta dall'ordinamento di guisa che il soggetto che le ha commesse non solo non potrà invocare la tutela proprietaria ma sarà considerato al pari di un qualunque terzo che viola la regola del *neminem laedere* e perciò perseguito. Del resto, del medesimo ordine di pensiero sembra U. NATOLI, *La proprietà*, cit., p. 155 ss., il quale dopo aver osservato che i limiti, "operino essi dall'interno ovvero dall'esterno" concorrono in ogni caso a precisare la fisionomia concreta del contenuto del diritto e per ciò stesso toccano immediatamente la sua essenza, riferisce ai limiti esterni quella classificazione riportata nel testo e circoscritta, invece, dalla Bigliazzi Geri in relazione ai soli limiti interni. Procedendo, infatti, nella esemplificazione, secondo l'insigne giurista, una fattispecie di non potere puro e semplice e cioè di impossibilità giuridica del comportamento sarebbe ravvisabile nella disposizione dell'art. 903, comma 2, c.c. che divieta al proprietario di aprire luci nel muro comune al fondo altrui; un non potere se non a certe condizioni o in un certo modo sarebbe quello previsto nell'art. 889 c.c., che subordina all'osservanza di una certa distanza l'apertura di pozzi, cisterne, fosse e tubi; un esempio di non poter impedire e quindi di soggezione alle conseguenze dell'esercizio dell'altrui potere è ravvisabile nelle norme degli artt. 842, 843, 844 che impongono al proprietario di tollerare l'accesso sul fondo per l'esercizio della caccia o della pesca, per riparare una propria opera sul confine ovvero per riprendere cose o animali o, ancora, le altrui immissioni nei limiti della normale tollerabilità.

lasciata vincere dall'amore per le distinzioni nel momento in cui ha contrapposto nettamente quei doveri che conformano, in termini strutturali, le situazioni reali da quelli che invece mirano semplicemente a delimitare le rispettive sfere di esercizio dei poteri riferibili ad un'unica res con la conseguenza di reiterare le medesime tradizionali difficoltà nel discernere ciò che è dovere conformante da ciò che è mera obbligazione.

Passando ad esaminare più specificamente la fondatezza degli argomenti addotti a sostegno della teoria secondo cui la funzione sociale come limite interno del diritto di proprietà e dei diritti reali in genere sarebbe in grado di conformare strutturalmente tali situazioni affiancando, nel contenuto delle medesime, al potere dei veri e propri obblighi, ritengo di dover cominciare dall'espone alcune perplessità di ordine generale. Ed infatti, la considerazione delle ragioni storiche che hanno giustificato la previsione costituzionale della funzione sociale della proprietà – tutte riconducibili al superamento dell'impostazione individualistica, propria della cultura giuridica ed economica liberal-ottocentesca, ed all'accoglimento di una visione sociale se non addirittura solidaristica del diritto soggettivo – impone di ritenere che il legislatore costituzionale sia incorso in (o sia ricorso ad) una *sineddoche* e, indicando cioè una parte per il tutto, abbia riferito la funzione sociale al diritto di proprietà ma con l'intento di estendere la sanzione ad ogni diritto soggettivo (o se si preferisce, ad ogni situazione giuridica soggettiva), essendo caduto anch'egli vittima, inconsapevolmente, della convinzione comune che la proprietà costituisca il modello di ogni situazione rilevante per il diritto. Del resto, tra la dottrina più attenta è comune l'opinione che una "funzione sociale, o meglio, l'attuazione di un pubblico interesse, è proprio di ogni potere riconosciuto dal diritto obiettivo"¹⁰⁷. Ebbene, muovendo da tali premesse e dalla

¹⁰⁷ Così si è espresso F. VASSALLI, Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, cit., p. 107. Nello stesso ordine di idee, tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, Crisi della proprietà privata? in Riv. giur. edilizia, 1961, II, p. 217 ss. e ora in Scritti minori, Napoli, 1986, p. 493 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, cit., pp. 76-77; M. COSTANTINO, Contributo, cit., p. 27, che sottolinea come "ogni istituto giuridico è diretto per sua natura ad assolvere ad una funzione sociale e concorre a realizzare lo stabilirsi di più equi rapporti sociali": le norme in tema di contratto, responsabilità, usucapione, trascrizione e pubblicità in genere sono ispirate al principio di solidarietà sociale ed assolvono una specifica funzione per l'interesse generale. Pur muovendosi nell'ambito della prospettiva qui criticata, P. PERLINGIERI, Introduzione, cit., pp. 124-125, giunge alle medesime conclusioni esposte nel testo osservando che "il richiamo alla funzione sociale nella definizione della proprietà ha, nei confronti degli altri istituti in cui indubbiamente tale funzione è riscontrabile, una diversa portata politica e giuridica, consistente nel richiamare nei confronti di un istituto che tradizionalmente è stato considerato espressione dell'individualismo più esasperato, un valore, una funzione caratterizzante l'intersoggettività, l'interdipendenza, la solidarietà". Insomma, la sanzione della funzione sociale riferita alla proprietà assume un significato politico-ideologico prima ancora che giuridico, dato il valore paradigmatico che la proprietà presenta rispetto ad ogni altro diritto soggettivo nell'ambito dell'ordinamento. Si deve riconoscere, invero,

considerazione qui criticata che la funzione sociale esprime il suo valore nella commisurazione del potere e del dovere all'interno del diritto soggettivo, deve per coerenza dedursene che ogni situazione giuridica presenti un contenuto complesso¹⁰⁸ con la conseguenza di rendere vano qualsiasi tentativo di operare una classificazione o distinzione all'interno della categoria, a meno che non ci si voglia affidare alla conta degli obblighi. Sennonché non è chi non veda quanto sia paradossale ed equivoca tale conclusione e, soprattutto, palesamente in contrasto con la disciplina positiva che non sembra conoscere una categoria unitaria di situazioni giuridiche complesse ma singole e ben nettamente caratterizzate situazioni attive o passive. Peraltro, anche chi in dottrina¹⁰⁹ arriva a riconoscere in capo al creditore un obbligo di cooperazione rispetto alla attività solutoria del debitore non si spinge mai a considerare il credito in termini di situazione complessa che consta di un potere di pretendere e al contempo un dovere di prestare, posti sullo stesso piano. E se ciò non è per il credito perché dovrebbe esserlo per la proprietà e gli altri diritti reali, visto che tutti sono

che il Perlingieri, in piena coerenza con tale premessa, arriva a sostenere che ogni situazione giuridica soggettiva, in quanto connotata da questa funzione sociale assuma una struttura complessa, articolantesi in situazioni attive e passive, conclusione che nel testo si è ritenuta obbligata ove si muova da una simile prospettiva.

¹⁰⁸ A tale conclusione, come si è anticipato, coerentemente giunge P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 114 ss., che ravvisa anche nel credito una situazione giuridica complessa, che consta di poteri e facoltà ma anche di doveri ed oneri. L'autorevole giurista tuttavia non chiarisce quale sia il criterio in forza del quale operare una distinzione tra le varie situazioni giuridiche complesse.

¹⁰⁹ Il riferimento è alla teoria di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 51, il quale ritiene che nessun principio di logica e nessuna esigenza tecnica vietano che "oltre la zona di libertà e di potere riservata al creditore il contegno dello stesso possa risultare vincolato" di guisa da dover riconoscere in capo al medesimo dei veri e propri obblighi, il cui contenuto viene ravvisato ora nella necessità di "non aggravare la posizione del debitore" (arg. ex artt. 1785, 1812, 1913, 1914, 1916, 1956 c.c.), ovvero "di non ostacolare l'adempimento" e di "cooperare alla attività solutoria del debitore" (arg. ex artt. 1517, 1690, 1789, 1841 c.c.) come sarebbe dimostrato, in generale, dalle norme relative alla mora credendi. Sul punto, si leggano anche le considerazioni di P. RESCIGNO, *Incapacità naturale ed adempimento*, Napoli, 1950, p. 135 ss., nonché di G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore* (dir. civile), in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 947 ss. (fortemente critici, invece, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 47 ss., il quale supera analiticamente gli argomenti normativi e spiega le norme sulla mora del creditore in termini di abuso del diritto; nonché R. CICALA, *L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui*, cit., p. 170 ss.). In ogni caso, come si è già anticipato nel testo, gli autori che ravvisano un obbligo di cooperazione a carico del creditore sottolineano, tuttavia, che non si tratta di un obbligo posto sullo stesso piano di quello del debitore quanto, piuttosto, di un'obbligazione accessoria e secondaria che si giustifica in quanto finalizzata a tutelare l'interesse del debitore a non subire l'ingerenza del creditore esorbitante dai limiti del suo diritto o, comunque, a garantire anche in sede di attuazione quella cooperazione in cui si esprime sul piano programmatico il rapporto obbligatorio. Su questi aspetti si ritornerà nel prossimo capitolo, nell'affrontare il tema relativo alla delimitazione del contenuto del diritto rispetto alle regole di esercizio.

accomunati dalla medesima funzione sociale? Comunque, ciò che in questa sede è doveroso sottolineare, eccettuando ogni altra considerazione, è che anche a voler condividere l'assunto di partenza secondo cui la funzione sociale concorra dall'interno a conformare la stessa struttura del diritto di proprietà, tuttavia, ciò non importa, in termini di ineluttabile necessità che nel suo contenuto confluiscono situazioni di obbligo di guisa da tramutare la proprietà in una situazione di potere-dovere o potestà che dir si voglia. Infatti, una volta che si abbia chiara l'idea che la funzione sociale non si sovrappone ma si affianca a quella individuale, che resta fondamentale¹¹⁰, si riesce a comprendere come la potestà non sia lo strumento idoneo a risolvere il problema della conciliazione tra le due specie di interessi. È stato infatti sottolineato come un simile risultato di mediazione, affidato esclusivamente all'ordinamento¹¹¹, viene raggiunto in due modi: il

¹¹⁰ Il rilievo è di A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 251, che sottolinea come la funzione sociale non conduce ad una caratterizzazione in senso superindividuale ma "più semplicemente consente di conformare un potere" (c. m.), permettendogli di soddisfare oltre agli interessi individualistici specifici interessi sociali: "la funzione sociale non tramuta il diritto di proprietà in dovere ma costituisce esclusivamente il presupposto per l'attribuzione dei poteri relativi al diritto. Il soggetto titolare del diritto funzionalizzato ha sempre una sfera di autonomia in cui può far valere la sua volontà: è tenuto, però, a non superare determinati limiti che vengono posti alla sua autonomia nell'interesse di coloro per cui il diritto è stato funzionalizzato". In questa ricostruzione, a mio avviso condivisibile pienamente, come emergerà dai rilievi espressi nel testo, la funzione sociale diviene elemento diversificatore dei vari statuti proprietari, sulla scorta di quanto era già stato egregiamente sostenuto da S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà*, cit., p. 269 ss.; e ID., *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 148 ss. Nella medesima prospettiva sembra muoversi anche U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 110 ss., il quale, dopo aver individuato nel quadro costituzionale una triplice dimensione della funzione sociale, intesa come mediazione tra interessi dei proprietari e dei non proprietari, nell'ambito del principio di eguaglianza – a) essa innanzitutto serve a distinguere le limitazioni proprietarie non indennizzabili da quelle che richiedono indennizzo imponendo obblighi soltanto a certi proprietari e non ad altri in modo non correlato ad una diversa responsabilità sociale del tipo proprietario; b) essa legittima eccezionali limitazioni dell'idiosincrasia proprietaria, quando la tutela del benessere sociale imponga un sacrificio dell'utilità individuale; c) essa costituzionalizza il principio dell'obbligo generale di internalizzazione delle esternalità e quindi rende incostituzionale qualsiasi legge che sbilanci il costo privato rispetto al costo sociale senza alcuna giustificazione nell'ambito di un programma razionale di riallocazione delle risorse tra proprietari e non – sottolinea, quanto al secondo aspetto della funzione sociale, che essa non implichi l'abbandono del momento di scelta idiosincratICA, della sfera di decisione allocata al proprietario ma implica l'accoglimento di una prospettiva "che valorizza il benessere sociale potenzialmente proveniente in modo differenziato dai diversi tipi di beni, richiedenti un diverso modulo di utilizzo, in virtù della loro stessa natura".

¹¹¹ Con ciò si intende mettere in risalto la circostanza che la funzione sociale è destinata ad operare essenzialmente nell'ambito normativo, ponendosi, da un lato, come criterio di conformazione del singolo statuto proprietario (infra, nel testo) e, dall'altro, come "principio sistematico organizzatore" ovvero come criterio di interpretazione che consente di colmare le lacune normative attraverso il ricorso alla analogia iuris ex art. 12, comma 2, disp. prel. al c.c. Si tratta di un'opinione universalmente condivisa sia da quanti hanno enfatizzato oltremodo la portata ed il

primo, "incidendo sul contenuto del diritto attraverso la limitazione sia del numero, sia dell'ampiezza delle facoltà che ne fanno parte; il secondo, intervenendo sui presupposti soggettivi di rilevanza dell'attività, ossia imponendo specifiche qualità del soggetto correlative alla titolarità del diritto".¹¹² La funzione sociale, dunque, opera come limite di conformazione del contenuto del diritto di proprietà, che restringe od amplia, in relazione al concreto interesse pubblico (produttivistico, ambientalistico, abitativo etc.), che di volta in volta essa incarna, le azioni giuridicamente riconducibili allo specifico modulo di potere proprietario – il singolo statuto dominicale – attribuendo rilevanza alle une ed escludendo l'idoneità delle altre ad esprimere quel potere e ad attivare la tutela per esso predisposta dall'ordinamento¹¹³: essa, dunque, opera come limite, condizione di rilevanza delle azioni giuridicamente riconducibili al modulo di potere proprietario. Ridimensionata in questi termini la portata della funzionalizzazione della proprietà, risulta agevole riconoscere che se la funzione sociale come limite interno del diritto di proprietà concorre a restringere¹¹⁴ o, meglio, a definire¹¹⁵ il concreto contenuto del diritto, tuttavia ad essa non può imprimersi un movimento impulsivo, atto cioè a conformare in senso positivo i comportamenti del proprietario. Gli obblighi, pur trovando il loro fondamento nel diritto di proprietà, rimangono, tuttavia, elementi esterni rispetto al suo contenuto a cui sono connessi esclusivamente dal punto di vista funzionale¹¹⁶, in quanto finalizzati a garantire che il punto di mediazione tra l'interesse privato e quello pubblico, individuato dalla norma in relazione allo specifico statuto proprietario, non subisca

valore della funzione sociale (S. RODOTÁ, *Note critiche*, cit., p. 1297 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 44; P. PERLINGIERI, *Introduzione*, op. cit., p. 73 ss.) sia da quanti hanno invece ridimensionato tale aspetto (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 278; U. NATOLI, *La proprietà*, cit., p. 188).

¹¹² In questi termini D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, il quale invita a riflettere sul fatto che la funzionalizzazione del diritto di cui si discorre sia molto più modesta di quanto si pretenda da parte di chi ha creduto di fondarvi la metamorfosi della proprietà da diritto soggettivo a potestà (in tal senso, la posizione di Pietro Perlingieri, già esposta supra, alla nota 106) e che, una volta inquadrato il fenomeno nella maniera corretta, risulta chiaramente che oneri ed obblighi sono elementi estrinseci rispetto alla natura del diritto.

¹¹³ Le considerazioni esposte nel testo presentano una notevole affinità con quelle espresse da A. IANNELLI, op. ult. cit., p. 254 ss., il quale, come si è anticipato, attribuisce alla funzione sociale il valore di limite di conformazione del contenuto della proprietà ed elemento di diversificazione degli statuti proprietari.

¹¹⁴ Secondo F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 960, la sfera di libertà si restringe ma in quella sfera non v'è spazio per la funzione, intesa come potestà.

¹¹⁵ È C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., p. 101, a precisare che i limiti non restringono ma definiscono il contenuto del diritto di proprietà.

¹¹⁶ In tal senso S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico ed interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 46, che definisce la proprietà-funzione come "rapporto di natura reale, a cui è connesso un rapporto personale, considerati nella loro connessione dal punto di vista funzionale".

alterazioni in sede di concreto esercizio del diritto. In altri termini, una volta conformato il singolo statuto proprietario, attraverso la delimitazione delle azioni giuridicamente rilevanti in relazione a quel modulo, delimitata la situazione proprietaria in dipendenza della specifica funzione sociale, il legislatore si serve dello strumento dell'obbligo per garantire che quella programmazione non resti frustrata o delusa in sede di concreta attuazione del contenuto del diritto, nel momento, cioè, della traduzione delle azioni giuridicamente rilevanti in atti di esercizio del diritto: l'obbligo è imposto al proprietario al fine di indirizzarlo, vincolarlo, dall'esterno, verso quelle modalità di esercizio del diritto che sono meglio in grado di esprimerne il contenuto funzionalmente conformato¹¹⁷. In conclusione, alla luce di tali

¹¹⁷ Ove, ad esempio, si abbia riguardo alla conformazione che subisce il contenuto del diritto di proprietà in funzione della salvaguardia dell'interesse artistico, storico, archeologico, ambientale, ad opera del d. lgs., 22 gennaio 2004, n. 42, noto come Codice dei beni culturali e del paesaggio, che fissa le condizioni – distanze, misure relative a luci vedute, autorizzazioni – alle quali è subordinata la rilevanza delle azioni giuridicamente riconducibili al modulo proprietario, in termini di sfruttamento diretto od indiretto, risulterà agevole anche cogliere la strumentalità degli obblighi (ad esempio, di denuncia degli atti di disposizione relativi al bene culturale alla competente sovrintendenza), che in vista di tale conformazione, vengono posti a carico del proprietario, per vincolarlo a quelle modalità di esercizio, idonee a realizzare in factis la relativa conformazione: si tratta di obblighi che mirano a garantire che la mediazione tra l'interesse proprietario e quello pubblico (storico-artistico) si realizzi anche nel momento della traduzione in atto delle azioni in cui si esprime lo specifico modulo proprietario. Si comprende agevolmente, infatti, che non avrebbe senso quella conformazione ove il proprietario non fosse vincolato ad alcuna regola di esercizio: così, da un lato, la salvaguardia dell'interesse pubblico volto a consentire allo Stato di acquistare, in prelazione (art. 60 del citato codice), un bene privato che presenti per esso un interesse particolarmente rilevante, non potrebbe trovare soddisfazione senza l'obbligo del proprietario di provvedere alla denuncia del relativo atto dispositivo (art. 59); d'altro canto, il regime di autorizzazione preventiva cui è subordinata l'alienazione dei beni culturali, demaniali e non, in proprietà dello stato o di enti pubblici, anche non territoriali, nonché di enti privati non lucrativi (art. 57), volto ad assicurare la tutela e la valorizzazione del bene senza pregiudicarne il pubblico godimento, è completato dalla previsione della necessità che nel provvedimento di autorizzazione siano indicate destinazioni d'uso compatibili con il carattere storico ed artistico degli immobili e tali da non recare danno alla loro conservazione (art. 55, lett. b). Le prescrizioni ed ogni altra condizione contenuta nel provvedimento autorizzatorio devono essere riportate nell'atto di alienazione e ad esse deve essere data adeguata pubblicità nel quadro D della nota di trascrizione (così SCIULLO-FANTIN, *Statuto e circolazione dei beni culturali degli enti pubblici e morali in Atti del Convegno di studio "La disciplina dei beni culturali alla luce del nuovo codice"*, tenutosi a Verona il 13 novembre 2004), concorrono ad individuare lo specifico statuto proprietario di tali immobili nonché le modalità di esercizio del diritto idonee a garantire, principalmente attraverso la previsione di obblighi puntuali a carico dell'acquirente, la relativa conformazione nella sua effettività. Del resto, a tale funzione era strumentale anche la previsione contenuta negli artt. 10 e 11 del D.P.R., 7 settembre 2000, n. 283-Regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico ed artistico, non riprodotta, tuttavia, nell'attuale codice, relativa all'obbligo di inserire nel contratto di alienazione una clausola risolutiva espressa nonché una clausola penale (vincolante al versamento di un importo pari al 25 % del prezzo di trasferimento salvo il maggior danno) in caso di eventuale inadempimento da parte

argomentazioni, non credo sia il caso di "abbandonare il termine ed il concetto di diritto di proprietà"¹¹⁸ (come quello di diritto reale o di credito) e, con esso, l'idea tradizionale che la sua struttura sia connotata essenzialmente da una situazione di potere giuridico o, se si preferisce, di possibilità, giuridicamente attiva di vantaggio¹¹⁹.

Resta da individuare, a questo punto, il *quid proprium* del diritto reale rispetto al diritto di credito ed, a tale scopo, dubito che possano essere di qualche ausilio i risultati di quella impostazione dottrinale, più volte richiamata, che, abbandonata la corretta metodologia formalistica intrapresa, in un eccesso di realismo giuridico ha creduto di poter rinvenire il dato qualificante della realtà, la caratteristica in base alla quale un diritto soggettivo diviene reale, nella speciale relazione di utilità intercorrente tra soggetto e bene¹²⁰. E ciò dovrà escludersi, tanto più dopo aver dimostrato, com'è intenzione di questa ricerca, che una siffatta relazione, invero, costituisce il dato comune dei diritti reali e di credito, la cui distinzione, piuttosto, a me sembra, possa essere ravvisata nel diverso modo di essere del bene oggetto del diritto rispetto al potere del titolare.

6. - Anche nelle più recenti prospettazioni dottrinali¹²¹ che, aliene da ogni influsso delle concezioni personalistiche del diritto, hanno rinunciato a distinguere le situazioni giuridiche, in base alla diversa struttura soggettiva, tuttavia, risulta sostanzialmente ribadito l'altro tradizionale criterio distintivo incentrato sul profilo dell'oggetto del diritto, in forza del quale si continua ad affermare che, mentre il diritto

dell'acquirente delle prescrizioni fissate nell'autorizzazione. La mancata riproduzione di tali disposizioni nell'attuale codice lascia "aperta la questione di quali siano ora le conseguenze sul contratto di acquisto dell'inosservanza" (così, A. VENDITTI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni in Notariato*, 2004, 3, p. 308, nt. 13. Per un'ampia rassegna delle problematiche relative al nuovo codice dei beni culturali, G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, Studio n. 5019, approvato dalla Commissione studi del Consiglio nazionale del notariato, il 20 aprile 2004 nonché A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e riflessi sull'attività notarile*, in *Notariato*, 2005, 5, p. 505 ss., ove ampia ed aggiornata bibliografia; e per il previgente testo unico, le cui disposizioni sono state sostanzialmente conservate dal nuovo codice, G. CELESTE, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1071 ss.

¹¹⁸ Così Salv. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 1014.

¹¹⁹ Si tratta di una conclusione condivisa sia da A. IANNELLI, op. ult. cit., p. 92; che da C. SALVI, op. ult. cit., p. 106.

¹²⁰ Il riferimento è, naturalmente, a M. COMPORTI, *Contributo*, cit. La specialità della relazione viene fatta consistere nell'inerenza del potere rispetto al bene, sulla scorta della fondamentale ricerca di GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, cit., passim.

¹²¹ Si allude, ancora, alla ricostruzione scientifica di M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 77 ss.

reale ha ad oggetto una cosa di guisa che il potere del titolare si esplicherebbe direttamente su di essa, il diritto di credito avrebbe ad oggetto una prestazione, di guisa che il relativo potere, si tradurrebbe in una pretesa volta alla esecuzione della prestazione¹²². Sennonché, come si è già avuto modo di rilevare, i risultati degli studi condotti dalla dottrina più attenta sul tema della fondamentale struttura del rapporto obbligatorio impongono di rivedere tale conclusione, pur pacificamente accolta dalla dottrina maggioritaria.

Innanzitutto, assai discutibile sul piano logico e metodologico, appare l'impostazione seguita dai fautori della concezione personalistica nel momento in cui, adottando due pesi e due misure per la risoluzione del medesimo problema (l'individuazione dell'oggetto del diritto), costoro ravvisano come oggetto del diritto reale un elemento materiale esterno rispetto alle situazioni soggettive in cui si articola il rapporto reale, mentre come oggetto del credito, un elemento soggettivo, che si identifica in uno dei due termini del rapporto, a ciò paradossalmente spinti dall'esigenza di conservare il rigoroso parallelismo tra le due specie di diritti e le corrispondenti categorie romanistiche delle *res* ed *actiones*.¹²³ D'altro canto, il risultato di identificare l'oggetto del diritto nella condotta personale, cui conduce la proposta ricostruttiva criticata, non presenta minori dubbi sul piano dogmatico giacché delle due l'una: o tale condotta è considerata "in atto" (e cioè nel suo svolgersi) e allora essa si esaurisce nell'adempimento, che attiene non già alla programmazione del vincolo ma alla sua estinzione; ovvero è pensata "in potenza", come puro dover essere, e allora la conclusione cui si perviene è ancora più assurda, identificandosi l'oggetto del diritto con l'obbligo.¹²⁴ In ogni caso, com'è stato già ampiamente messo in rilievo, è la considerazione del dato normativo, in materia di obbligazioni, ad imporre una revisione dell'opinione dominante: infatti, se si ravvisasse quale oggetto del diritto di credito il mero comportamento del debitore, non si riuscirebbe a spiegare come mai l'interesse creditorio possa trovare attuazione, al punto da rendere inutile il permanere del vincolo obbligatorio, in ipotesi in cui manchi del tutto la prestazione dovuta, come l'esecuzione forzata, l'adempimento del terzo o la compensazione.¹²⁵ Dunque, se l'estinzione dell'obbligazione in

¹²² Per un'ampia rassegna dei fautori della concezione personalistica del diritto di credito, si rinvia a L. FERRONI, *Obbligazioni di fare ed eseguibilità*, p. 71 ss.

¹²³ In tal senso, acutamente R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 79 nonché L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., p. 157.

¹²⁴ Così L. MENGONI, op. ult. cit., p. 159.

¹²⁵ In tal senso S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 10 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 60 ss.; L. MENGONI, op. ult. cit., p. 156 ss., nonché ID., *Obbligazioni "di risultato" e "di mezzi"*, cit., p. 185 ss.; R. CICALA, *Concetto di divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, cit., p. 58 ss. e B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 124 ss., il quale, in particolare, si preoccupa di chiarire come la soluzione esposta nel testo non sia suscettibile di essere posta in crisi in forza del rilievo (M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 216 ss.) secondo cui l'esecuzione forzata e l'adempimento del terzo non possono essere poste

conseguenza di tali fatti, diversi dall'attuazione della condotta del debitore ma che consentono di far pervenire al creditore il bene dovuto, si spiega in conseguenza del raggiungimento dello scopo¹²⁶ che ne ha giustificato il sorgere, questo significa che l'interesse per la cui realizzazione essa è nata è l'interesse al bene oggetto della prestazione e non alla prestazione. Del resto, poiché dal punto di vista giuridico la soddisfazione dell'interesse del creditore non può significare altro che la realizzazione del diritto di credito, si perviene alla dimostrazione dell'ipotesi posta in premessa, che cioè oggetto del diritto di credito sia non già la prestazione quanto il risultato della prestazione. E la prova del nove che tale risultato è giuridicamente, e non solo sotto un profilo empirico-teleologico, l'oggetto del diritto di credito, si trae, da un lato, dalle norme in tema di mora credendi (artt. 1206 ss. c.c.), norme che dimostrano inequivocabilmente che l'attuazione dell'obbligo non è sufficiente per la liberazione del debitore, la quale può conseguire solo in presenza della soddisfazione dell'interesse creditorio nelle forme riconosciute dalla legge come equivalenti all'adempimento¹²⁷; d'altro canto, dalle norme in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1256 c.c.) che sancisce il principio secondo cui il debitore è responsabile indipendentemente dal grado di diligenza con cui si è adoperato nell'esplicazione della condotta ove non abbia fatto conseguire al creditore il risultato dovuto (1218 c.c.).¹²⁸ – bene oggetto

sullo stesso piano in quanto, da una lato, la prima, salva l'esecuzione in forma specifica, non fa conseguire al creditore il medesimo risultato che egli avrebbe raggiunto con l'adempimento del debitore e, d'altro canto, l'adempimento del terzo non costituisce uno strumento rimesso alla discrezionalità del creditore ma dipende esclusivamente dall'iniziativa del terzo medesimo. Siffatte considerazioni, ad avviso della dottrina sopra richiamata, non escludono comunque che ove l'eventualità si realizzi si determini proprio il soddisfacimento dell'interesse creditorio che giustifica l'estinzione dell'obbligazione. Del resto, l'impossibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica e l'esperibilità della sola tutela per equivalente nelle obbligazioni infungibili, non costituisce un argomento utile per sconfessare l'ipotesi ricostruttiva adottata in quanto non è dato sapere se l'estinzione dell'obbligazione in conseguenza del soddisfacimento per equivalente si giustifichi per l'equivalenza rispetto al comportamento od al bene.

¹²⁶ Sul concetto di scopo dell'obbligazione si leggano le attente riflessioni di L. MENGONI, op. ult. cit., p. 160 ss. Quanto alla circostanza, invece, che non sia corretto dal punto di vista metodologico inferire delle conclusioni rilevanti in ordine alla struttura del rapporto obbligatorio argomentando dal suo momento patologico giacché le fattispecie di estinzione delle obbligazioni sarebbero giustificate da ragioni di opportunità e di politica legislativa (così P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, p. 1284) si replica efficacemente (B. GRASSO, *Surrogazione legale*, cit., p. 127 ss.) che l'opportunità e la ragionevolezza escludono in ogni caso l'arbitrio dal momento che è del tutto appropriato non tenere in vita una struttura obbligatoria in presenza del raggiungimento dello scopo per cui è sorta.

¹²⁷ In tal senso L. MENGONI, op. ult. cit., p. 176-177, in critica alla contrapposta opinione di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva*, cit., p. 18 ss.

¹²⁸ Malgrado i tentativi continui della dottrina dominante di negare l'evidenza, sia dalla formulazione dell'art. 1218 c.c. sia dalle considerazioni emergenti in sede di lavori preliminari al codice civile, appare evidente che l'intento del legislatore del '42 sia

della prestazione, cosa o fatto, sempre distinguibile dal facere del debitore¹²⁹, salvo il limite dell'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.¹³⁰

A questo punto del nostro discorso appare chiaro come non sia più possibile configurare la relazione di utilità tra soggetto e bene come dato qualificante dei diritti reali in quanto essa costituisce, come si è dimostrato, un elemento comune a tutti i diritti patrimoniali, reali o di credito, il cui oggetto è unitariamente identificabile nel bene della vita che soddisfa l'interesse del titolare con la rilevante conseguenza che la loro distinzione non può più essere condotta alla stregua del criterio oggettivo *tout court* quanto piuttosto in relazione al diverso modo di atteggiarsi di tale oggetto – bene – rispetto al potere del titolare. E, dunque, mentre nel diritto di credito, l'oggetto si identifica nel bene

stato quello di recepire il rigoroso orientamento, espresso sotto il vigore del vecchio codice e ribadito successivamente da G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, p. 592 ss., collegando la responsabilità del debitore al fatto puro e semplice della mancata realizzazione del risultato dovuto, a prescindere dalla valutazione del grado di diligenza con cui il debitore si è adoperato nell'esplicazione della condotta (art. 1176 c.c.). Sul punto, si leggano altresì, le considerazioni di L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e "di mezzi"*, cit., p. 185 ss., che sottopone a revisione critica l'orientamento teso a distinguere nell'ambito delle obbligazioni di fare le due species di obbligazioni di mezzi e di risultato, soggette, le une, alla regola dell'art. 1176 c.c. e, le altre, a quella dell'art. 1218 c.c. Nello stesso senso anche R. CICALA, *Concetto di divisibilità*, cit., p. 82 ss. e ID., *Divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, rist., 1990, p. 5, nt. 11. Pur ritenendo sostanzialmente irrilevante la distinzione in obbligazioni di mezzo e di risultato con riferimento al problema della responsabilità del debitore per l'inadempimento, propende per l'opinione avversa, volta a riconoscere una funzione determinante al criterio della diligenza ai fini della responsabilità del debitore, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, 2, Milano, 1984, p. 51 ss., specie 80.

¹²⁹ La dimostrazione che la prestazione è sempre distinguibile dall'oggetto della medesima, come postula l'art. 1316 c.c., è condotta, in termini rigorosi, da R. CICALA, *Concetto di divisibilità*, cit., p. 81 ss. e ID., *Divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, rist., 1990, p. 3 ss.

¹³⁰ Alla luce di tali rilievi risulta chiaro che non si intende accogliere la versione più rigorosa delle teorie patrimonialistiche (quella, cioè, sostenuta da R. NICOLÒ, op. ult. cit., p. 68), che negata l'esistenza di una correlazione tra situazione creditoria e debitoria, ricostruisce il diritto di credito come diritto avente ad oggetto il bene, strutturalmente autonomo rispetto all'obbligo giuridico di guisa che non solo sarebbe possibile la realizzazione dell'interesse del creditore senza l'esecuzione della prestazione del debitore ma altresì l'adempimento dell'obbligo pur rimanendo insoddisfatto l'interesse del creditore. In altri termini, qui non si intende negare la correlazione funzionale delle due situazioni giuridiche in cui si articola il rapporto obbligatorio giacché il diritto di credito è pur sempre pretesa di conseguire un certo bene attraverso la condotta del debitore, pretesa azionabile nei confronti di un soggetto determinato e non potere che si estrinseca in via diretta ed immediata su un bene; ma questa correlazione, invero, non implica "un'identità simmetrica del contenuto dell'obbligo rispetto all'oggetto del diritto" (così L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., p. 179), il primo rappresentato dal comportamento dovuto, il secondo dal risultato di tale comportamento in funzione della soddisfazione dell'interesse tutelato.

inteso come cosa o fatto, risultato dell'altrui condotta di guisa che il potere del creditore è diretto a conseguire tale risultato, che ha valore di utilità in quanto tale (diretta) ovvero per la sua idoneità ad essere scambiato con altri risultati (indiretta); nel diritto reale l'oggetto è nel bene considerato come fonte di un risultato utile per il titolare, come idoneo a produrre utilità, con la conseguenza che il potere di costui è rivolto allo sfruttamento, diretto od indiretto, di queste utilità. Il bene, quindi, è considerato in un caso per il suo essere utilità da conseguire, nell'altro per il suo essere causa di utilità da sfruttare. Analogamente, il potere è ora potere attivato dal comportamento del soggetto passivo, teso a far conseguire il bene, ora potere attivante il comportamento del soggetto attivo, teso allo sfruttamento del bene.

Risulta in tal modo confermato l'insegnamento del formalismo giuridico secondo cui il lavoro di classificazione, ricostruzione e generalizzazione proprio della dommatica può e deve esercitarsi non già sulle figure di qualificazione, per le quali opera esclusivamente il ritmo sillogistico dell'applicazione delle norme, bensì sulle situazioni-presupposto, oggetto e contenuto delle figure di qualificazione¹³¹, che sono essenzialmente situazioni di interesse verso beni della vita (beni economici), reputate meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico. Attraverso il processo di qualificazione formale, la situazione di interesse si obiettivizza, si converte nel concetto di bene giuridico, che si collega direttamente all'interesse tutelato attraverso l'attribuzione del potere.¹³² In altri termini la specifica relazione di utilità o di utilizzabilità del bene rispetto ad un determinato interesse, in cui si esprime la sua essenza economica, si traduce sul piano giuridico in una forma

¹³¹ Il riferimento è, ancora una volta, ad A. E. CAMMARATA, Limiti tra formalismo e dommatica, cit.

¹³² Così D. MESSINETTI, Oggettività giuridica delle cose incorporali, cit., p. 35, il quale concorda sul punto fondamentale espresso nel testo, e cioè che l'elemento materiale, il dato della realtà empirica e sociale, concorre a determinare il contenuto dei fenomeni giuridici. La teoria dei beni, secondo l'autore, è direttamente legata a quei complessi di norme il cui fine essenziale è di attuare la tutela di interessi individuali. Sul punto, già in precedenza si era espresso S. PUGLIATTI, Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile, in Riv. dir. agr., 1939, I, p. 33 ss.; ID., voce Cosa (I. Teoria generale), in Enc. dir., XI, Milano, 1962, pp. 19-20, il quale nel determinare il posto della cosa nella fenomenologia giuridica sottolinea come essa abbia una dimensione pregiuridica, costituisca l'elemento materiale del concetto giuridico di bene, che si palesa "attraverso l'interesse che l'ordinamento giuridico tende a tutelare attribuendo al soggetto un determinato diritto". Significativa ai fini della valorizzazione del rapporto tra interesse e bene, come presupposto della qualificazione giuridica è la considerazione dell'ipotesi relativa all'unica cosa sulla quale insistono contemporaneamente due o più diritti: la cosa, se riguardata nella sua oggettiva esistenza, è sempre e soltanto una, mentre come bene subisce una duplicazione giacché essa è punto di riferimento di diversi interessi relativi alla sua utilizzazione. Nella medesima prospettiva si comprende, altresì, come mai la nozione di bene sia più ampia di quella di cosa in quanto essa comprende entità che non sono caratterizzate dal tratto della materialità, ma pur sempre in relazione di utilità rispetto ad una situazione di interesse (così S. PUGLIATTI, opp. ultt. citt.; nonché ID., voce Beni (I. Teoria generale), in Enc. dir., V, Milano, 1959, p. 734 ss.

corrispondente, in una garanzia di tutela determinata, tipica, che attribuisce peculiari strumenti con i quali il soggetto è in grado di assicurarsi il conseguimento ed il permanere di siffatta relazione nei limiti e con le modalità stabiliti dal diritto.¹³³ Risulta chiara in questo modo la ragione per cui l'unica classificazione possibile dei diritti patrimoniali vada condotta alla stregua del criterio relativo al modo di essere del bene oggetto del diritto, al modo di atteggiarsi della relazione di utilità tra bene ed interesse.

Il diverso modo di essere del bene oggetto del diritto nelle situazioni creditorie rispetto a quelle reali giustifica, dunque, la differenza di forma e di disciplina che le connota: nei diritti di credito la figura del potere è determinata in dipendenza ed in funzione dell'obbligo, del comportamento del debitore che assicura al creditore il raggiungimento del risultato avuto di mira, di guisa che esso si atteggia a pretesa diretta ad ottenere il bene attraverso l'altrui condotta; i diritti reali, invece, si strutturano, si conformano in funzione del bene di guisa che, come è stato acutamente posto in rilievo,¹³⁴ la natura dell'entità su cui si esercita lo specifico potere di utilizzazione del titolare ne influenza le forme e modalità di configurazione tecnica. Tale collegamento funzionale tra il bene ed il potere, tra le vicende del bene e le vicende del diritto reale è stato espresso, già dalla dottrina classica¹³⁵, in termini di inerenza¹³⁶, ed è l'inerenza, a mio avviso, a costituire il criterio qualificante della realtà, a patto che essa venga liberata da ogni sovrastruttura concettuale di cui la tradizione l'ha infarcita, rendendola ambigua, e venga concepita come nuda espressione della aderenza, permanenza, insistenza del diritto sul bene, dell'idea cioè che il potere e le sue vicende siano in funzione del bene e delle sue vicende.

¹³³ In questi termini, S. PUGLIATTI, voce Beni, cit., p. 169-170, il quale rileva che quanto precisato vale per la proprietà e gli altri diritti reali, ma anche per il credito ed i diritti personali, i quali garantendo al titolare la tutela specifica di determinati interessi, danno, anch'essi, luogo alla nascita di beni in senso giuridico.

¹³⁴ D. MESSINETTI, op. ult. cit., p. 54 ss.

¹³⁵ Il riferimento è, innanzitutto, a L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1937, p. 41 ss., nonché ID., *Diritti reali e possesso*, op. cit., p. 40 ss. e a M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti reali di godimento*, op. cit., p. 164.

¹³⁶ L'idea che l'inerenza costituisse il criterio qualificante della realtà era stato già intuito dai giuristi romani che avevano concepito il diritto servitù come *qualitas fundi*, per sottolineare, appunto, la stretta inerenza di essa rispetto al fondo, quasi ne fosse un qualità, in quanto gravante sul fondo indipendentemente da chi ne fosse il proprietario. Invero anche la normativa codicistica si è espressa e si esprime, talora, in relazione ad alcune situazioni reali tipiche, in termini di inerenza: si pensi all'art. 1964 del codice abrogato che qualificava l'ipoteca come inerente ai beni; o all'art. 668 dell'attuale codice che definisce in questi termini la servitù, ricollegandosi alla disposizione dell'art. 1027, che la concepisce, nella medesima prospettiva, come un peso del fondo.

7. – Nell'impostazione tradizionale l'inerenza è stata collegata all'assolutezza, di cui costituirebbe ora una conseguenza¹³⁷, ora un particolare atteggiamento o significato¹³⁸ in termini di opponibilità, per esprimere l'idea che il titolare del diritto reale riesce a soddisfare il suo interesse "qualunque sia l'essenza dei rapporti di fatto o giuridici che involgeranno la cosa"¹³⁹ e per mettere in evidenza come esso, dal punto di vista processuale, si risolve nel cd. diritto di seguito *adversus omnes* che consente al titolare di "conseguire l'oggetto della tutela nei riguardi di chiunque, in un dato momento venga a trovarsi in una determinata situazione rispetto alla cosa".¹⁴⁰ Sennonché tale modo di intendere l'opponibilità, collegata alla inerenza, non solo non consente di evitare le ambiguità collegate al concetto di absolutezza¹⁴¹ ma conduce a risultati altrettanto discutibili di quelli derivanti dall'adozione di un simile concetto nell'ambito della teoria personalistica. Infatti, non si può condividere l'ipotesi ricostruttiva adottata da una sia pur autorevole dottrina la quale, rigettata la tesi tradizionale secondo cui il diritto reale ha in sé e per sé tale carattere di opponibilità come conseguenza esclusiva della sua inerenza al bene¹⁴², ritiene che essa sia assicurata dall'ordinamento solo se i terzi sono messi in condizione di conoscere l'esistenza di quel potere sul bene, attraverso mezzi adeguati, e più precisamente attraverso il possesso in caso di beni mobili ed il sistema della trascrizione per i beni immobili e mobili registrati¹⁴³. Tale

¹³⁷ L. BARASSI, op. ult. cit., p.40.

¹³⁸ M. GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 164.

¹³⁹ M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali* (dir. civ.), cit., pp. 751-752.

¹⁴⁰ M. GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 164. Il diritto di seguito, come principale esplicazione dell'inerenza rispetto al bene che connota essenzialmente le situazioni reali, è un carattere che emerge particolarmente nei diritti reali limitati, nei quali, trasferendosi il diritto maggiore da un titolare all'altro, i diritti minori concorrenti sulla cosa non cessano ma rimangono pienamente efficaci nei confronti del nuovo titolare, seguendo la cosa nel patrimonio di costui.

¹⁴¹ Infatti, la dottrina qui criticata dopo aver sottoposto a revisione la concezione personalistica del diritto reale nella parte in cui viene reputato idoneo a far sorgere un rapporto che tutti i consociati sono tenuti a rispettare, poi finisce col pervenire al medesimo risultato della proposta ricostruttiva criticata quando riferendo l'operatività del *ius sequelae* anche ai rapporti di fatto che possono ostacolare l'efficacia del diritto reale ne amplia indistintamente la sfera di operatività. Sul punto, si leggano altresì le considerazioni critiche di A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti*, op.cit., p. 131.

¹⁴² Chiara, in tal senso, la posizione di U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, p. 91 ss.

¹⁴³ In questi termini si è espresso M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., pp. 751-753, il quale considera altamente esemplare, in tal senso, l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza sul tema dei rapporti obbligatori inerenti ad una cosa (obbligazioni *propter rem* nell'ambito di condominio e servitù), di cui si è assicurata l'opponibilità ai successivi acquirenti attraverso il ricorso alla trascrizione della relativa convenzione. Orbene, se è vero che il diritto vivente non può essere trascurato ai fini di una completa ricostruzione sistematica delle vicende giuridiche, tuttavia è pur vero anche che bisogna discernere il diritto vivente come corretta e coerente applicazione od integrazione del dato normativo lacunoso od inadeguato rispetto alla mutevole realtà socio-economiche dalle storture interpretative che determinano, come nel caso di specie una deviazione rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento. Si leggano

conclusione, ad avviso di chi scrive, si fonda su un equivoco in ordine al modo di intendere la funzione tipica della pubblicità in genere e della trascrizione in particolare, che "assolve al centrale ruolo di porre una regola finale alla cui stregua sono risolti i conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore"¹⁴⁴ e, pertanto, non può servire a garantire

sul punto le acute riflessioni di F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare* (Artt. 2643-2645-bis), I, in *Cod. civ. Comm.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 2^a ed., 1998, p. 632 ss., il quale, muovendo dal rilievo che l'istituto della trascrizione non può essere manipolato attribuendogli funzioni e ruoli che non gli sono propri (p.635), da un lato, critica la soluzione di affidare alla trascrizione la funzione di rendere opponibili a terzi le obbligazioni propter rem atipiche, che solo in tal modo potrebbero trovare ingresso nel nostro ordinamento (in tal senso, la più risalente giurisprudenza, tra cui, in particolare, Cass., 29 maggio 1939, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 937 ss., a cui ha fatto seguito un fermo revirement nel senso della tipicità di siffatte obbligazioni – sul punto si leggano le interessanti considerazioni di P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, p. 155 ss. – a cominciare da Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1657 ss.; nonché L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali*, cit., p. 72 ss.) e, dall'altro lato, nega che una siffatta funzione generica di conoscibilità della trascrizione abbia ragion d'essere con riguardo alle tipiche obbligazioni propter rem giacché "chi acquista un fondo gravato da una servitù ha l'onere di consultare il titolo al fine di accertarsi dell'ambito entro il quale il diritto esiste e può essere fatto valere, e correlativamente, degli obblighi esistenti a carico del proprietario del fondo servente."

¹⁴⁴ Così F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, op. ult. cit., p. 458. Corre, qui, l'obbligo di ricordare come autorevole dottrina, S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, 2 voll., Messina, 1945-46, p. 12 ss., e oggi, ID. *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV, 1, Milano, 1957, 395 ss.; ID. *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale* (aggiornato da Giacobbe e La Torre), in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XIV, 2, Milano, 1989, p. 47 ss., 54 ss., abbia distinto, invece, una funzione diretta o principale e una funzione indiretta della trascrizione. "La trascrizione — o meglio la pubblicità in generale — ha un centro di gravità teleologico unico, un unico, risultato immediato e primario: la conoscibilità legale a cui si collegano gli svariati effetti ulteriori" (op. ult. cit. p. 47). Si allude chiaramente alla funzione di pubblicità-notizia della trascrizione, consistente nel rendere conoscibili alla generalità dei consociati determinate vicende relative a beni immobili e mobili registrati — il che porta ad escludere, dunque, che la trascrizione abbia efficacia costitutiva nelle vicende circolatorie e ad assegnarle effetti meramente dichiarativi —, funzione rispetto alla quale secondario diviene l'effetto della risoluzione dei conflitti tra i diversi acquirenti. In questo senso anche G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 433, secondo il quale "deve ammettersi (...) che l'unica funzione, comune a tutte le norme che prescrivono la pubblicità, e pertanto l'unica funzione generale dell'istituto, è quella di assicurare che determinati fatti siano resi conoscibili a chiunque; al risultato della conoscibilità vengono poi collegati, solo talvolta, effetti particolari", uno dei quali, per l'autore, sarebbe assegnato alla trascrizione dall'art. 2644 c.c.; e M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 522. Di diverso avviso è, invece, F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 42 ss. che, giustamente, rileva come "non esiste una funzione pubblicitaria rilevante in quanto tale, perché la pubblicità che deriva dalla trascrizione è solo una conseguenza indiretta ed occasionale della funzione assolta in altra direzione. Il rendere pubblica la vicenda circolatoria è infatti soltanto strumentale al perseguimento di specifici fini ulteriori (...) Ogniqualvolta non viene in questione un conflitto risolto dalle norme di

l'inerenza di una situazione rispetto ad una res e, per questa via, a fondare la sua natura reale¹⁴⁵. Del resto, individuata in questi termini la funzione della trascrizione, non si può nemmeno sostenere che l'assoggettamento al sistema della trascrizione costituisca un criterio dal quale desumere l'intrinseca opponibilità e, quindi, la realtà della situazione giuridica oggetto dell'atto da trascrivere al punto da arrivare a dire, sia pure con qualche cautela, che l'art. 2643 c.c. sembra riguardare solo diritti che appaiono di natura reale¹⁴⁶. A parte tali incongruenze, in ogni caso, non convince il tentativo della dottrina di tradurre il concetto di inerenza – che nell'ipotesi ricostruttiva adottata configura semplicemente la relazione di funzionalità tra il bene ed il relativo potere di utilizzazione, che giustifica il collegamento costante

cui agli artt. 2643 ss., la trascrizione non ha alcuna funzione da svolgere, né rileva che essa sia stata curata nemmeno a fini ulteriori (o, per meglio dire, ultronei) quali quello della notizia", salvo rare eccezioni come quella di cui all'art. 2651 c.c.

¹⁴⁵ In questo senso anche M. COMPORTI, *Contributo*, op. cit., p. 169 e ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 135 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., p. 72.

¹⁴⁶ In tal senso M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 168 ss., il quale sottolinea come, mancando nel nostro ordinamento regole che qualificano le situazioni reali come opponibili, fatta unicamente eccezione per le garanzie reali (e le situazioni nascenti da locazione, affitto, mezzadria, colonia e soccida, che avrebbero il carattere di realtà secondo la dottrina richiamata, come si dirà più innanzi), allora la qualifica dell'opponibilità potrà desumersi dalle regole legali della pubblicità giacché se l'ordinamento accorda efficacia verso i terzi ad una situazione attraverso tale sistema significa che la considera già dotata della opponibilità al punto da sancirne la prevalenza in concreto sulle altre in conflitto. Invero, nelle affermazioni della dottrina richiamata sembra annidarsi un fondamentale equivoco consistente nel riferire la funzione di opponibilità della trascrizione alla situazione giuridica regolata dal contratto anziché, come correttamente dovrebbe essere, al contratto stesso - al contrario, la trascrizione serve a risolvere il conflitto tra titoli di acquisto (contratti ad effetti traslativi) e non tra situazioni giuridiche, equivoco che, come si è già avuto modo di sottolineare supra al § 2, nota 32, ha portato alla elaborazione della discutibile categoria della proprietà relativa. Piuttosto, merita di essere valorizzata proprio l'affermazione iniziale dell'autore secondo cui per le situazioni reali manca una norma che ne disciplini la opponibilità e su questo aspetto ha fatto leva F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 245 ss. per porre in evidenza la diversa funzione della trascrizione del contratto di locazione ultranovennale (art. 2643 n. 8), rispetto alle altre fattispecie contemplate dall'art. 2643 c.c. Ed infatti, atteso che il legislatore, nel caso della locazione, ha fissato la funzione della trascrizione nel quadro di una complessa disciplina sostanziale diretta, da un lato, a regolarne il regime di opponibilità rispetto ai terzi acquirenti (art. 1599 c.c.) e, dall'altro, a fissare un criterio di risoluzione dei conflitti tra più diritti personali di godimento (art. 1380 c.c.), "non potrà farsi meccanica applicazione dell'art. 2644 c.c., perché questa norma ha modo di operare in tutta la sua ampiezza solo quando gli atti di cui all'art. 2643 c.c. non hanno un proprio regime di opponibilità sostanziale (c. m.)". Anzi, la differenza di regime di tale contratto rispetto a quelli traslativi di diritti reali immobiliari, probabilmente deriva proprio dal fatto che il diritto del conduttore "non è un diritto reale o un diritto ob rem a struttura reale ma un diritto personale". Sul punto, si vedano altresì le considerazioni di A. NATUCCI, op. ult. cit., p. 147 ss.; nonché di G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. UTET*, Libro IV. Delle obbligazioni. Titolo II (Artt. 1321-1469), Torino, 3ª ed., 1980, p. 318 ss., specie pp. 326-327.

tra le vicende della cosa e le vicende del diritto, e come tale esprime il *quid proprium* dei diritti reali – in quello di opponibilità, che finisce con l'essere inteso in maniera eccessivamente ampia ed indiscriminata al punto da farvi confluire accanto al profilo del cd. diritto di seguito quello della particolare tutela accordata dall'ordinamento alle situazioni reali a mezzo delle azioni petitorie, negatorie e di accertamento¹⁴⁷. Tale profilo, che, invero, è stato aggiunto al primo, nelle prevalenti ricostruzioni dogmatiche, per la difficoltà di riferire il diritto di seguito alla proprietà, costituisce un *posterius*, una conseguenza della qualificazione in termini di realtà e quindi di inerenza di una determinata situazione e si fonda sul fatto patologico della violazione del diritto. Del resto, non sembra che possa individuarsi in una più "energica tutela giurisdizionale", che si esprimerebbe nella esperibilità *erga omnes*, nella possibilità di restituito in *integrum* o, più in generale, di reintegrazione in forma specifica della situazione violata, o ancora nella possibilità di ottenere l'inibizione cautelare degli atti lesivi, un carattere proprio delle situazioni reali, idoneo a differenziarle rispetto a quelle personali giacché si tratta semplicemente di modalità concrete con cui l'ordinamento mira, secondo il principio di massima effettività di chiovendiana memoria, a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio, di qualsiasi natura, gli stessi risultati che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea dei consociati. Ed infatti, proprio in nome di questo principio di effettività giurisdizionale¹⁴⁸ si vanno sempre più estendendo, anche nel campo dei rapporti obbligatori, le ipotesi di tutela in forma specifica (esemplare la norma

¹⁴⁷ Il riferimento è alla ricostruzione seguita da M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 145 ss. Negli stessi termini si esprime altresì A. NATUCCI, *La tipicità*, op. cit., p. 23 ss. e 128 ss., il quale scinde il profilo della tutela da quello del diritto di seguito individuando rispettivamente i due caratteri fondamentali in cui si esprime la realtà e cioè l'assolutezza e l'opponibilità, due modi di considerare l'efficacia del diritto reale, la sua realizzazione e tutela nei confronti dei terzi. La prima, intesa, secondo la tradizione, come obbligo di rispetto o di astensione, è l'efficacia considerata dal punto di vista statico, attuale, e riguarda prevalentemente la difesa del diritto. Essa è particolarmente evidente nel diritto di proprietà giacché la proprietà è un diritto senza relazione diretta con i terzi per i terzi ed, in secondo luogo, perché il momento dell'efficacia per i terzi viene in considerazione solo in conseguenza della violazione. Al contrario, l'opponibilità intesa in senso stretto, è propria dei diritti reali limitati, attiene più che alla tutela, all'efficacia positiva del diritto, alla sua realizzazione. È l'efficacia considerata in senso dinamico, avendo necessariamente riguardo ad un mutamento di titolarità sulla cosa gravata dal diritto reale limitato. Analogamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, op. cit., p. 9, che identifica l'inerenza nella "opponibilità *erga omnes*, che – impropriamente indicata anche come "diritto di seguito" – starebbe a significare la conseguente possibilità "riconosciuta al titolare di un diritto reale, di affermare (con una semplice azione di accertamento) e far valere il proprio diritto di fronte a ed eventualmente presso qualsiasi possessore del bene salvo che il relativo possesso sia vivificato dalla titolarità di un diritto *poziore*".

¹⁴⁸ Per un'ampia rassegna delle modalità in cui può esplicarsi la tutela giurisdizionale alla luce del più volte ricordato principio di effettività, si leggano le pagine di A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 1 ss.

dell'art. 2932 c.c. nonché la più recente disciplina in materia di vendita dei beni di consumo di cui all'art. 1519 quater, che appresta in favore del consumatore i rimedi della riparazione e della sostituzione del bene compravenduto in caso di difetto di conformità¹⁴⁹), di restituito in integrum (si pensi alla reintegra nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato ex art. 18 l. 300/1970) e di tutela inibitoria (esemplare è, ancora una volta, la disciplina a tutela del consumatore, contenuta ora negli artt. 26 e 37 del D. Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, recante il cd. Codice del Consumo¹⁵⁰). È ormai convinzione comune, sulla base di quanto espresso, che "la distinzione tutela reale e/o personale, una volta abbandonato il sistema di azioni "tipiche" e dei rimedi conseguenti e ove non si ritenga di convertirla nel troppo facile linguaggio dei diritti soggettivi (diritti reali/di credito), più non abbia alcuna solida base sub specie tutelae e cioè dei rimedi proponibili."¹⁵¹

Una volta chiarito che il concetto di inerenza non può essere identificato con quello di opponibilità, appare opportuno evidenziare gli aspetti in cui si esprime tale inerenza, ponendo in evidenza i punti di emersione normativa del collegamento funzionale tra vicende della cosa

¹⁴⁹ Per una accurata esegesi della nuova normativa si rinvia ad A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo - Commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies c.c. introdotti con il d.lg. 2 febbraio 2002 n. 24 in attuazione della direttiva 1999/44/Ce*, Padova, 2002, p. 70 ss. (ove si trova un'ampia analisi dei rimedi a disposizione del consumatore a seconda delle fattispecie di inadempimento); nonché, più di recente, E. GABRIELLI, *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Giust. civ.* 2005, 1, p. 3 ss. (che si occupa, in particolare, del problema del rapporto tra la categoria, di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, dell'*aliud pro alio* e quella, di nuova introduzione, della "non conformità"). Quanto al tema specifico dell'inquadramento sistematico dei rimedi esperibili da parte del consumatore in caso di non conformità del bene compravenduto nell'ambito della tutela restitutoria ovvero di quella satisfattoria o, ancora, nella tutela in forma specifica, si leggano le attente considerazioni di A. LUMINOSO, *La compravendita: corso di diritto civile*, Torino, 3ª ed., 2003, p. 339 ss.

¹⁵⁰ Sulla tutela inibitoria contro l'adozione, da parte di imprenditori, nei rapporti con la clientela, di condizioni generali di contratto recanti clausole vessatorie ai sensi della normativa introdotta dall'art. 25 della l. n. 52 del 6 febbraio 1996 (legge comunitaria per il 1994), si veda, in generale, G. CHINÈ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir.*, IV (aggiornamento), Milano, 2000, p. 400 ss.; nonché, ex professo, tra i primi, M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469 sexies c.c.)*, in *Contratto e impr.* - Europa, 1996, p. 555 ss.; G. TARZIA, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 936 ss.; A. DI MAJO, *Giusti motivi d'urgenza: atto secondo, il dolo del professionista*, nota a *Trib. Roma*, 24 dicembre 1997; *Trib. Roma*, 24 marzo 1998 e *Trib. Roma*, 17 giugno 1998, in *Corriere giur.*, 1998, p. 1087 ss. Come si è anticipato nel testo, il vigente Codice del consumo ha sostituito gli artt. 1469 bis-sexies con il seguente "art. 1462 bis: Contratti del consumatore. - le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore".

¹⁵¹ In tal senso, per tutti, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, 2ª ed., 1988, p. 82, al quale, peraltro, si rinvia per ampi riferimenti.

e vicende del diritto. Ebbene, a parte il diritto di seguito¹⁵² di cui si è avuto modo di discorrere in precedenza, costituisce corollario fondamentale dell'inerenza la regola dell'inammissibilità della costituzione di diritti reali su beni futuri (artt. 2823 e 1029, comma 2, c.c.)¹⁵³ in quanto non suscettibili di formare attualmente oggetto dello specifico potere di utilizzazione del titolare¹⁵⁴. La stessa inerenza, poi, si

¹⁵² Appare opportuno, a questo punto, aggiungere solo qualche notazione ulteriore idonea a consentire una corretta delimitazione della figura in parola che, come ha correttamente rilevato il Natucci, va inteso come un dato di natura sostanziale e non già processuale (sul punto, correttamente, L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 129) che attiene non già al profilo della tutela ma a quello dell'esercizio del diritto reale limitato nel senso che questo in caso di trasferimento del diritto di proprietà sul medesimo bene non si estingue ma rimane efficace nei confronti dell'acquirente. Tale carattere è sancito esplicitamente con riguardo alla sola ipoteca dall'art. 2808 c.c. ove si prevede che essa attribuisce al creditore il diritto di espropriare anche in confronto del terzo acquirente i beni vincolati a garanzia del suo credito ma tuttavia è pacifico che operi anche con riguardo agli altri diritti reali limitati, dei quali, come si avrà modo di chiarire, concorre ad evidenziare il profilo relazionale che li connota.

¹⁵³ Sul punto, ampiamente, L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, op. cit., p. 121 ss., il quale rileva che la realtà presuppone che la cosa esista in quanto la signoria reale non può essere che affermazione fattiva e attuale, se non vuole ridursi a una finzione. Più preciso E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, cit., p. 108 ss., il quale sottolinea come non sia l'attualità della cosa bensì l'attualità dell'utilità che da essa deriva a costituire il presupposto essenziale della costituzione dei diritti reali. In proposito, si è già avuto modo di mettere in evidenza come l'oggetto dei diritti reali in genere e di quelli reali, in particolare, è costituito non già dalle cose bensì dai beni in quanto utili, ossia idonei a soddisfare bisogni e interessi.

¹⁵⁴ Una conferma si trae sia dal disposto dell'art. 2823 c.c. che prevede che l'ipoteca su cosa futura può essere validamente iscritta solo quando la cosa è venuta ad esistenza sia dalla disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 1029 c.c. che ammette la costituzione di una servitù a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare ma prevede che tale costituzione non abbia "effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato". Invero, contro la ricostruzione giurisprudenziale – tra le altre, Cass., 29 maggio 1980, n. 3543, in *Foro it.*, 1981, I, c. 820 ss. con nota di G. Branca; Cass., 14 gennaio 1982, in *Giust. civ.*, I, p. 608, con nota di M. Zaccheo; Cass., 19 febbraio 1997, n. 1267 in *Foro it.*, 1996, I, c. 2464 ss.; Cass., 3 luglio 2000, n. 8885; Cass., 7 aprile 2000, n. 4346 in *Vita not.*, 2000, p. 923 ss. – che ritiene che in tale ipotesi si abbia la costituzione di un mero vincolo obbligatorio suscettibile di trasformarsi in reale nel momento in cui l'edificio è costruito o il fondo acquistato da parte del concedente di guisa che i diritti fondati su quel vincolo, finché esso rimane di natura obbligatoria, si prescrivono secondo le norme ordinarie in materia di obbligazioni, decorrendo la prescrizione dal momento costitutivo del vincolo stesso e non dalla costruzione dell'edificio (Cass., 14 novembre 1989, n. 4839) e che, inoltre, l'alienazione del suolo non ancora edificato non comporta che la servitù, attiva o passiva, costituita dagli originari contraenti, si trasferisca ai successivi acquirenti del fondo, i quali, mediante apposite e specifiche pattuizioni, possono solo subentrare nel rapporto obbligatorio facente capo ai rispettivi danti causa (Cass., 21 maggio 1987, n. 4630), la dottrina (G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 1027-1099), Bologna-Roma, 5ª ed., 1979, p. 45 ss.; P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire"*, Napoli, 1966, passim) ravvisa, invece, un negozio ad efficacia sospesa da cui scaturiscono: a) i c.d. effetti preliminari: una situazione preparatoria della futura servitù. Il concedente non può pregiudicare il futuro acquisto della servitù e deve astenersi da quei comportamenti che impediscano

manifesta anche in relazione alle vicende estintive dei diritti reali giacché il perimento integrale o parziale del bene determina rispettivamente l'estinzione del diritto o la riduzione della sua estensione (artt. 963; 1014 n. 3; 1026; 2878 c.c.)¹⁵⁵. Ancora, mentre nel campo delle obbligazioni la modificazione oggettiva è compatibile con la struttura del rapporto giacché la legge subordina la novazione oggettiva alla volontà inequivoca delle parti di estinguere la precedente obbligazione¹⁵⁶ (1230, comma 2, c.c.), la sostituzione del bene nei rapporti reali non può essere considerata come una semplice modificazione ma, per la rilevata inerenza tra bene e diritto, determina l'estinzione del rapporto in corso e la costituzione di un nuovo rapporto (artt. 54; 1017 ss.; 2742 c.c.)¹⁵⁷. Del resto, in funzione dell'inerenza è stata concepita l'indivisibilità del diritto reale rispetto al bene che ne costituisce oggetto, di guisa che tale diritto si irradia nella sua incidenza su tutta la cosa e non già su una parte di essa o su una sua qualità astratta¹⁵⁸: esemplare, in tal senso è la norma dell'art. 2809 c.c. che sancisce l'indivisibilità dell'ipoteca, la quale sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte; ispirata al medesimo principio è altresì la disposizione dell'art. 1068, comma 2, c.c. che consente, a certe condizioni, lo spostamento del luogo di esercizio della servitù (con ciò dimostrando che il diritto grava su tutto il fondo e non su una parte determinata del medesimo, salva contraria disposizione del titolo). È stato infine sostenuto¹⁵⁹ che il collegamento funzionale tra le vicende del bene e le vicende del diritto si manifesta anche nella disciplina dei modi di acquisto a titolo originario, propri dei soli diritti reali e inammissibili per i diritti personali nonché nella disciplina relativa alla estinzione per derelizione o abbandono¹⁶⁰.

L'aver individuato unitariamente l'oggetto dei diritti patrimoniali, costruiti intorno al concetto di potere di utilizzazione del bene e l'aver differenziato al loro interno i diritti reali dai diritti di credito in relazione

la nascita della servitù; b) l'efficacia reale del contratto analoga a quella del negozio costitutivo di servitù sotto condizione; c) la possibilità della trascrizione della convenzione; d) l'imprescrittibilità della servitù, analoga a quella dei diritti il cui acquisto sia sottoposto a condizione.

¹⁵⁵ In tal senso anche M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 177.

¹⁵⁶ Si leggano, in tal senso, le acute considerazioni di R. CICALA, Accollo, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, rist., 1990, p. 108 ss.

¹⁵⁷ In questi termini F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, op. cit., p. 98; ID., *La surrogazione reale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1926, p. 63 ss. Sul punto, si vedano le considerazioni critiche di M. ALLARA, *Teoria delle vicende del rapporto*, Milano, 1950, p. 144 ss.

¹⁵⁸ L. BARASSI, op. ult. cit., p. 132.

¹⁵⁹ L. BARASSI, op. ult. cit.; M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 180 ss.

¹⁶⁰ Sulla particolare fattispecie dell'abbandono liberatorio come causa di estinzione delle obbligazioni propter rem, si ritornerà più avanti al fine di mettere in evidenza come la sua corretta ricostruzione sistematica, che ha impegnato e diviso gran parte della civilistica italiana vada condotta in funzione dell'aspetto relazionale che connota le situazioni reali.

al diverso rapporto di funzionalità del bene rispetto al potere, consente di superare le difficoltà incontrate dalla dottrina tradizionale nell'opera di sistemazione dei diritti reali di garanzia e dei diritti personali di godimento. Infatti, l'impostazione classica che ha costruito il diritto reale sul concetto di potere diretto ed immediato sulla cosa si è trovata, da un lato, nell'imbarazzo di spiegare la natura reale dell'ipoteca e del pegno per la mancanza di siffatta immediatezza¹⁶¹. Adottando il criterio elaborato in questa sede riesce agevole, invece, operarne una riconduzione nell'ambito dei diritti reali: in essi, infatti, è pur ravvisabile un potere di utilizzazione attiva del bene, sebbene soltanto in via indiretta in quanto limitata alla realizzazione del valore di scambio del medesimo, a garanzia del soddisfacimento di un determinato credito, potere che presenta quel profilo di inerenza intesa come collegamento funzionale delle vicende del bene rispetto alle vicende del diritto (artt. 2808; 2809; 2823; 2878 c.c.), in cui si è ravvisato il *proprium* dei diritti reali. Non si intende certo, in tal modo, riesumere la teoria del diritto di garanzia come diritto al valore¹⁶² giacché, come è stato evidenziato dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del tema¹⁶³, l'oggetto dell'ipoteca (e del pegno) non è da individuarsi nel valore economico della cosa che non costituisce un bene in sé quanto piuttosto proprio

¹⁶¹ Nell'esaminare le moderne tendenze volte ad espungere l'ipoteca dal novero dei diritti reali limitati, G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, ci., p. 773 ss., sottolinea come siffatti dubbi siano stati alimentati dai mutamenti sopravvenuti nella struttura dell'ipoteca rispetto al diritto romano, ove essa (detta anche *pignus conventum*, comprendeva, in caso di inadempimento del credito garantito, un diritto al possesso della cosa e un potere di disporre direttamente di essa con atti privati di alienazione e attribuiva una tutela in rem esperibile contro qualunque terzo. L'autore, pertanto, dopo aver constatato che al creditore è rimasto soltanto il potere di far espropriare il bene per ordine del giudice con la consueta procedura esecutiva, potere che presenta tracce dell'antica "realità" nel diritto di seguito e in quello di prelazione, ritiene fondate le critiche di quanti le negano il carattere reale e propone di creare una categoria autonoma di diritti, "accanto ai diritti reali", che vincolano in un dato modo una cosa e hanno quindi "un dato tipo di inerenza reale", in cui ricomprendere accanto all'ipoteca anche le obbligazioni *propter rem*. Sennonché, non solo non si vede la ragione sistematica insita nella creazione di una simile categoria di diritti "inerenti" ma soprattutto essa finisce con il porsi lungo lo stesso filone dottrinale che era stato aspramente criticato. Per un ampio quadro delle teorie elaborate in ordine all'inquadramento sistematico dell'ipoteca, si veda D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Massineo, XIX, Milano, 1956, p. 7 ss. nonché M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 319 ss.

¹⁶² La teoria del cd. *Wetrechte*, di elaborazione tedesca, è stata sottoposta a critiche serrate dalla più autorevole civilistica italiana (tra gli altri, G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, cit., p. 774; L. BARASSI, op. ult. cit., p. 80 ss. e M. GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 154).

¹⁶³ La qualificazione dell'ipoteca in termini di diritto reale di realizzazione, dovuta principalmente alla dottrina tedesca, viene condivisa da uno dei massimi studiosi del tema, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 6, il quale correttamente sottolinea come l'ipoteca è un diritto al valore, non sul valore (non avente cioè questo come oggetto), di un determinato bene in quanto mira a ricavarne una determinata somma di danaro mediante la vendita forzata, cioè a realizzarne a proprio vantaggio (fino a concorrenza di quella somma) il valore di scambio (non quello d'uso).

nel bene in quanto suscettibile di utilizzazione indiretta attraverso l'espropriazione forzata. Né, poi, seguendo tale via, si è costretti a riconoscere la natura reale non solo del pegno e dell'ipoteca quanto anche del cd. diritto alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., come opina taluno¹⁶⁴, in quanto solo nei primi è ravvisabile quel collegamento funzionale in termini di inerenza tra il bene/ i beni del debitore e il potere del creditore.

In conclusione del discorso relativo alla ricostruzione sistematica della categoria dei diritti reali e alla loro distinzione rispetto ai diritti di credito, sembra necessario por mano all'annosa questione della natura personale o reale del diritto del conduttore (come pure dell'affittuario, del comodatario e del creditore anticretico). Il dubbio che nel diritto nascente dal contratto di locazione in favore del conduttore potesse ravvisarsi una situazione a carattere reale è stato insinuato dalla dottrina francese già prima della codificazione¹⁶⁵ e si è alimentato nella dottrina italiana attraverso il contributo di quanti¹⁶⁶ sono stati impegnati

¹⁶⁴ Il riferimento è a L. BARASSI, op. ult. cit.

¹⁶⁵ Per un'ampia rassegna delle opinioni espresse dalla dottrina francese sul tema, si rinvia a M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 89 ss. nonché a G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, VII, t. 4°, Torino, 1972, p. 29 ss.

¹⁶⁶ Il riferimento è, innanzitutto, a D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, cit. c. 25 ss., il quale, ravvisata l'essenza del diritto soggettivo nell'agere licere, ovvero in un potere di agire tutelato dall'ordinamento vi riconduce tutte quelle situazioni giuridiche in cui è riconosciuta al titolare la possibilità di soddisfare i propri interessi direttamente senza la partecipazione di alcun altro soggetto e precisamente, oltre alle tradizionali figure di diritti reali, anche le posizioni del conduttore e del comodatario ai quali è riconosciuto appunto un potere di godimento sul bene, espungendone tutte le altre situazioni ricondotte nell'ambito del credito inteso alla stregua di una "aspettativa tutelata della consecuzione dell'oggetto della prestazione del debitore". Nella stessa prospettiva si è mosso, poi, M. GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 3 ss., nonché ID., *L'obbligazione*, cit., p. 81 ss. e ID., voce, *Diritti reali*, cit., p. 748 ss., il quale muove dalla constatazione che il potere immediato e diretto sulla res non costituisce carattere esclusivo della tradizionale categoria dei diritti reali (anzi mancherebbe, come rilevato, nei diritti di garanzia e nelle servitù negative) ma connota molte altre situazioni giuridiche (oltre alla locazione, l'autore vi annovera l'immissione temporanea nei beni dell'assente, l'usufrutto legale del padre (oggi dei genitori), (il diritto del marito sui beni dotali), il godimento del bene altrui nella comunione tra coniugi (e nel patrimonio familiare), (l'amministrazione dei beni parafernali da parte del marito), il godimento del bene del figlio dopo la cessazione dell'usufrutto legale da parte del genitore ex art. 329 c.c., l'attribuzione di godimento a causa di conferimento e di datio in solutum, l'anticresi, il godimento della cosa prima del trasferimento nella vendita ad effetti differiti, il godimento nella sostituzione fedecommissaria, il godimento dei beni pubblici), al punto da poterne costruire una categoria unitaria regolata da principi comuni e contrapposta, secondo il criterio della struttura del potere, a quella dei diritti di obbligazione, in cui il titolare soddisfa il suo interesse attraverso l'obbligo di tenere un certo comportamento a carico del debitore. Sennonché tale ricostruzione sistematica non è spinta fino al punto di obliterare la tradizionale categoria dei diritti reali giacché, secondo l'autore, "la qualifica di diritto reale è invece il risultato di un'altra e diversa classificazione dei diritti patrimoniali", operata sotto il profilo del collegamento, della inerenza del potere del titolare rispetto ad una cosa determinata. La categoria dei diritti di godimento come autonoma e trasversale rispetto ai diritti reali e personali è stata successivamente valorizzata da U. NATOLI, *Il conflitto dei*

nell'impresa di costruire una categoria generale di diritti di godimento, che si ponesse trasversalmente rispetto alla classica distinzione tra diritti di credito e diritti reali, categoria caratterizzata dall'esistenza di una relazione materiale e diretta del titolare con il bene, atta a garantire al primo il conseguimento delle utilità di questo secondo la sua natura e destinazione economica. Con particolare riguardo alla posizione del conduttore, è stato infatti sostenuto¹⁶⁷ che lo strumento attraverso il quale, in tali ipotesi, il titolare raggiunge il soddisfacimento del suo interesse è costituito proprio da un potere immediato di godimento sulla cosa altrui apparendo artificiosa e ridicola la teoria elaborata dalla dottrina tradizionale secondo cui tale godimento sarebbe possibile per il tramite del comportamento del locatore, tenuto ad adempiere *cotidie et singulis momentis*¹⁶⁸. Del resto, alla dottrina qui in esame non è apparso convincente nemmeno il più raffinato tentativo della dottrina moderna di superare l'impasse ravvisando il contenuto dell'obbligo del locatore anziché in una prestazione positiva di fornire in via continuativa il godimento, in una prestazione negativa di "lasciar godere", di tollerare il godimento del conduttore¹⁶⁹ giacché in tal modo si verrebbe a spezzare quella corrispondenza tra diritto del conduttore ed obbligo del locatore posta alla base della dottrina tradizionale e fondante l'affermazione che il primo si realizza per il tramite del secondo: "se, infatti, l'obbligo del locatore è negativo, esso non è sufficiente a realizzare l'interesse del locatario, e cioè il godimento della cosa (altri), ma potrebbe avere al massimo la funzione di non turbare il locatario nel soddisfacimento del suo interesse". È su questa strada che una parte della dottrina è giunta ad affermare addirittura la natura reale del diritto del conduttore aggiungendo ulteriori argomenti tratti dalla disciplina normativa, tra i quali principalmente l'opponibilità a terzi del diritto ex art. 1599 c.c. e la tutela rafforzata di cui gode il conduttore anche verso il locatore.¹⁷⁰

Orbene, le argomentazioni addotte per negare la natura personale del diritto del conduttore non convincono sotto nessun profilo né appare utile o necessaria, se non su un piano meramente descrittivo

diritti, cit., passim; nonché da A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, p. 117 ss.

¹⁶⁷ M. GIORGIANNI, *opp. ultt. citt.*

¹⁶⁸ Sul punto, si leggano le riflessioni di M. GIORGIANNI, *Contributo*, cit., p. 108 ss.; U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti*, cit., p. 68 ss.; M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 94 ss.

¹⁶⁹ In tal senso, L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 110 ss.; L. MENGONI, *Conflitto tra locatari possessori successivi* (art. 1380, comma 1°, c.c.), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 696 ss. (ma sul punto l'autore ha cambiato opinione in *ID.*, *L'oggetto della obbligazione*, cit., p. 162, nt. 1.; R. CICALA, *Divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni di "far godere"*. Necessità di uno (o più) dei locatori, proprietari pro diviso dell'immobile locato, nota a *Trib. Napoli*, 16 dicembre 1952, in *Dir. giur.*, 1954, p. 306 ss. e G. MIRABELLI, *Locazione*, op. cit., p. 43 ss.

¹⁷⁰ Si allude innanzitutto alla posizione di G. LAZZARA, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961, p. 46 ss. nonché a quella di M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 327 ss.

la costruzione di una categoria unitaria di diritti (reali o personali) di godimento. Innanzitutto, quanto al rilievo che il conduttore raggiunga il soddisfacimento del suo interesse mediante il potere di godimento diretto sulla cosa, riconosciutogli dall'ordinamento giuridico, senza la necessità di alcuna collaborazione del locatore, deve osservarsi che in realtà non è il godimento, l'uso o in generale l'esercizio del potere di fatto sulla cosa che soddisfa l'interesse del conduttore bensì piuttosto il godimento in quanto indisturbato, consentito, reso lecito, tollerato. Ed invero, nessuno ha bisogno dell'altrui collaborazione per esplicitare l'attività di utilizzazione diretta od indiretta di un bene ancorché altrui giacché tale attività costituisce la naturale esplicazione della propria sfera di libertà. Altro è piuttosto stabilire se tale potere di utilizzazione economica sia sorretto da un corrispondente e specifico potere di utilizzazione giuridica sul bene, costituente il contenuto di una determinata situazione reale. In caso contrario, delle due l'una: o si tratta di un potere di fatto esercitato sulla cosa altrui senza il consenso o la tolleranza del proprietario e come tale illecito ovvero si tratta di un potere qualificato e reso lecito attraverso l'assunzione in capo al proprietario dell'obbligo di non ingerenza, di tolleranza. E questo avviene nella locazione. Appare pertanto superficiale o meglio parziale la conclusione tesa ad assimilare la posizione del conduttore a quella dell'usufruttuario nel senso che entrambi raggiungerebbero la soddisfazione del proprio interesse mediante un potere diretto sulla cosa giacché essa guarda "all'aspetto materiale, non all'aspetto giuridico". In tale risultato si annida il pregiudizio che il potere effettivo, nei suoi vari e diversi atteggiamenti, costituisca l'espressione di ogni relazione di godimento giuridicamente rilevante. Il medesimo fatto del godimento materiale e diretto del bene può invece dar luogo a qualificazioni giuridiche diverse e a diverse conseguenze: bisogna infatti accertare, in primo luogo, se l'effettivo godimento materiale e diretto della cosa si manifesti in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (possesso piuttosto che detenzione¹⁷¹ ai

¹⁷¹ L'accesso dibattito concernente l'individuazione degli elementi costitutivi del possesso, volto a verificare cioè se accanto al corpus possessionis debba attribuirsi rilevanza anche all'animus (elemento psicologico), sembra essere stato risolto dal legislatore del '42, a parere della migliore dottrina (A. DE MARTINO, *Del possesso. Della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro terzo. Della proprietà (Artt. 1140-1172), Bologna-Roma, 5ª ed., 1984, p. 1 ss.; S. MARTUCCELLI, *Situazioni di fatto e contitolarità del diritto*, Milano, 2000, p. 70 ss.), accogliendo una soluzione di compromesso: pur continuandosi a distinguere in modo netto il possesso dalla detenzione, il discrimen sarebbe stato individuato più nel tipo di attività in concreto posta in essere che nell'intento che ad essa si accompagna (ma, sul punto, critico appare A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, II, cit., p. 540 ss.). L'animus, in altri termini, è stato oggettivato in un nuovo elemento intrinseco, l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà od altro diritto reale, che costituisce la "nota specifica" che si aggiunge a quella "generica" (potere di fatto) nella definizione di possesso (così, R. SACCO, voce *Possesso*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 104). La distinzione tra possesso e

sensi dell'art. 1140, comma 2, c.c.) ed in caso positivo, se esso costituisca esercizio di quel diritto (possesso "giusto o ingiusto", lecito o illecito")¹⁷². D'altro canto la dottrina qui criticata dimostra di disconoscere il dato normativo quando postula in astratto la possibilità per il legislatore di predisporre strumenti diversi per il raggiungimento del medesimo interesse "e cioè nell'un caso un rapporto obbligatorio, nell'altro un potere immediato sulla cosa altrui", osservando come invece risulta dal regolamento dei due istituti che sia l'usufruttuario che il locatario godono della cosa nello stesso modo e cioè senza la cooperazione di alcun estraneo¹⁷³. Invero, la circostanza che il potere di utilizzazione economica, di fatto, della cosa da parte del conduttore, a differenza di quello dell'usufruttuario, non costituisca estrinsecazione di uno specifico potere di godimento inerente alla res alla stregua di un diritto reale ma resti un potere di fatto consentito dal contratto e non impedito dall'ingerenza sulla cosa del locatore è dimostrato chiaramente dalla opposta configurazione della estensione del potere dei due titolari: mentre il conduttore può servirsi delle cose "per l'uso determinato nel contratto" (art. 1587, n. 1, c. c.), l'usufruttuario "ha diritto di servirsene secondo l'uso al quale sono destinate" con ciò ponendosi chiaramente in evidenza la circostanza che nel diritto reale e solo in esso, come si cercato di dimostrare, il potere si struttura esclusivamente sul bene ed è nel bene e nella sua destinazione economica che l'usufruttuario incontra il solo limite alla conformazione del suo diritto. Diversamente accade nei diritti di credito ove il potere non è in funzione del bene bensì dell'altrui attività (positiva o negativa che essa sia) e questo si verifica nel diritto del conduttore che ha ad oggetto un bene ma non in quanto suscettibile di una specifica utilizzazione giuridica funzionalmente legata ad una correlativa limitazione della utilizzazione in capo ad altri bensì in quanto reso lecito dall'assenza di interferenze da parte del locatore e, quindi, dal suo comportamento. In questo senso, del resto, depongono chiaramente gli artt. 1571 e 1575 c.c. che

detenzione è posta dalla legge proprio come proiezione della distinzione tra diritti reali e non; attiene alla qualificazione giuridica del fenomeno ed è resa necessaria proprio in quanto questi si fondano su situazioni che non presentano differenze sul piano materiale e di fatto. Sul punto, con particolare riguardo al tema qui trattato, G. MIRABELLI, op. ult. cit., p. 46 ss.

¹⁷² La dottrina più attenta al tema dei rapporti tra possesso e diritto ha sottolineato come la nozione di possesso non coincida con quella di esercizio del diritto sul piano qualitativo prima ancora che quantitativo. Il possesso è uno stato di fatto giuridicamente rilevante che si manifesta in attività corrispondenti all'esercizio di un diritto ma non necessariamente costituisce esercizio di tale diritto. L'attività "come sequela di atti unitariamente riferibili al possessore non è ascrivibile ad una predeterminata categoria di situazioni giuridiche soggettive, pur essendo, nel quadro della disciplina che lo regola, giuridicamente rilevante" (così, P. POLLICE, Contributo allo studio del compossesso, Napoli, 1993, p. 44). Il possesso, in altri termini, è tutelato indipendentemente dall'esistenza di un diritto corrispondente, sia esso giusto o ingiusto. In tal senso, L. BARASSI, Diritti reali e possesso, op. cit., p. 104 ss.; R. SACCO, op. ult. cit.; M. COSTANTINO, Contributo, op. cit., p. 51 ss.

¹⁷³ Così, M. GIORGIANNI, voce Diritti reali, cit., p. 750.

diversificano la condotta del locatore nella fase iniziale, ove presenta un contenuto positivo, volto a far conseguire al conduttore la materiale disponibilità del bene, da quella di svolgimento del rapporto, ove si assesta nella prestazione di far godere nel senso sopra precisato e di mantenere il bene in stato da servire all'uso consentito). In conclusione, se è incontestabile che il potere del conduttore si espliciti direttamente sul bene, che peraltro, come si è dimostrato, costituisce l'oggetto anche dei diritti di credito, è altrettanto incontestabile che esso non si estrinsechi in un potere di utilizzazione giuridica strettamente inerente al bene secondo lo schema proprio del diritto reale quanto piuttosto in un potere di utilizzazione economica del bene, qualificata dal titolo e resa lecita dal comportamento del locatore, come risultato della sua obbligazione di "far godere"¹⁷⁴.

8. – Sembra essere stata tratteggiata, con sufficiente chiarezza, nelle pagine che precedono, quella che, già all'inizio di questa ricerca, ho definito come la doppia anima del diritto reale, in particolare, e del diritto soggettivo, in generale, ovvero la necessità di distinguere, in ossequio al fondamentale insegnamento offerto dal formalismo giuridico, in relazione a ciascuna situazione giuridica soggettiva, il profilo formale della fattispecie o figura di qualificazione, che trova il suo punto di emersione nel riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico di un potere di agire, diversamente strutturato, ma atteggiandosi essenzialmente a potere di utilizzazione, attiva o attivata, del bene giuridico, ed il profilo materiale del presupposto di fatto delle figure di qualificazione, racchiuso nell'elemento teleologico, economico, empirico dell'interesse allo sfruttamento del bene oggetto del potere, interesse sul quale può essere fondato l'unico criterio di classificazione e sistemazione dogmatica delle situazioni giuridiche. D'altro canto, proprio l'adozione, da parte della dottrina più attenta¹⁷⁵, di un simile criterio di qualificazione nello studio del diritto di proprietà e dei diritti reali limitati – che, non a caso, storicamente sono stati concepiti come la principale e più efficiente tecnica mediante cui l'ordinamento regola la gestione ed

¹⁷⁴ In ordine al superamento degli altri argomenti addotti a sostegno della natura reale del diritto del conduttore, quanto al profilo della opponibilità si rinvia a quanto già detto supra alla nota 145, mentre quanto agli aspetti relativi 1) alla tutela possessoria attribuita al conduttore anche nei confronti del locatore, secondo l'interpretazione ormai consolidata che la giurisprudenza ha dato dell'art. 1168, comma 2, c.c.; 2) alla dipendenza del diritto del conduttore da quello del locatore; 3) al trasferimento mediante presunti atti derivativo-costitutivi del diritto medesimo, si rinvia alle acute e brillanti osservazioni di G. MIRABELLI, *Locazione*, op. cit., p. 54 ss.

¹⁷⁵ Il riferimento è all'ipotesi ricostruttiva adottata da M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 91 ss.

utilizzazione delle risorse¹⁷⁶ – ha consentito di far emergere la fondamentale distinzione tra lo schema dei iura in re aliena e quello del dominio, il quale, come si è più volte sottolineato, ha operato, nell'impostazione tradizionale, completamente ignara del profilo dell'interesse-presupposto delle varie figure di qualificazione, come filtro deformante ai fini della concettualizzazione dei primi. Ed infatti, muovendo da tale corretta impostazione metodologica, è stato opportunamente sottolineato come, mentre la proprietà è riconosciuta dalla legge come relazione, economicamente e socialmente rilevante, di utilizzazione dei beni secondo autonomia, che si concreta nella scelta di tutte le possibili destinazioni economiche del bene e che trova il suo limite di conformazione esclusivamente nella qualificazione giuridica di tale termine oggettivo¹⁷⁷ e nella sua funzione sociale¹⁷⁸, il contenuto dei

¹⁷⁶ In tal senso, O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 4, e, già prima, S. RODOTÁ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi ed interessi reali*, in *Il terribile diritto*, cit., p. 52, ove si definisce la tecnica proprietaria come "l'unica idonea a garantire una ripartizione razionale delle risorse scarse". Proprio muovendo dal riconoscimento alle regole proprietarie della funzione di modello di allocazione delle risorse scarse, U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 39 ss., imposta lo studio relativo alla struttura ed alla funzione del diritto di proprietà conciliando prospettiva economica e tassonomia giuridica.

¹⁷⁷ Così M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 91, il quale correttamente osserva come la coscienza sociale qualifichi l'attività del proprietario come "utilizzazione", un termine che esprime "il significato pratico della proprietà": "la nozione di utilizzazione implica la considerazione del bene, termine oggettivo della relazione di proprietà, ed esprime la valutazione sociale del fenomeno nei termini dell'economicità concreta dell'attività del proprietario, che la nozione di "godimento" non è in grado di rappresentare. L'attività di utilizzazione del proprietario è "piena" nel senso che si concreta nel potere di scegliere fra tutte le possibili destinazioni economiche del bene. Ed è per questo particolar attributo che la proprietà si distingue dalle altre relazioni di utilizzazione tra soggetto e bene". L'autore, in altro luogo (ID., *Il diritto di proprietà*, in M. COSTANTINO – R. PARDOLESI – D. BELLANTUONO, *Beni in generale, proprietà*, Bari, 1982, p. 110 ss., chiarisce come l'idea secondo cui l'habere del proprietario consiste in uno stretto legame tra il soggetto ed il bene è data essenzialmente dall'osservazione che l'usufruttuario, l'enfiteuta, il titolare della servitù hanno di fronte a sé un altro soggetto, il proprietario: la determinazione delle loro attività dipende dalla valutazione in concreto del rapporto con il proprietario; invece il proprietario non deve rendere conto a nessuno del suo godimento pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.). Il significato del diritto di godere e di disporre di cui all'art. 832 c.c. deve cogliersi in senso positivo nel diritto di utilizzare il bene giuridico, sia rispettando la destinazione economica sia alterandola, purché l'operazione abbia carattere di convenienza ed economicità oggettivamente apprezzabili in concreto, in relazione alla natura del bene e con l'osservanza dei limiti e degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

¹⁷⁸ Secondo M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., p. 96 ss., la proprietà, che trova il suo proprium nella scelta autonoma tra le possibili destinazioni economiche del bene, "ha in sé la sua funzione sociale ed è come tale valutata". La circostanza che alla legge è rimesso il compito di assicurare la funzione sociale della proprietà mediante la determinazione dei modi di acquisto e di godimento (art. 42 cost.) va interpretata correttamente nel senso non già che ad essa spetti il compito di fissare i limiti alla destinazione economica del bene, che è in re ipsa, quanto piuttosto di predisporre gli strumenti che consentono di assicurare al proprietario destinazioni economiche socialmente utili: in altri termini, con la determinazione del modo di godimento la

diritti reali limitati si determina in concreto mediante il riferimento all'interesse di un altro soggetto alla utilizzazione del bene¹⁷⁹. Si palesa, in tal modo, anche per i diritti reali limitati un fondamentale profilo di relazione, di rapporto che trova il suo presupposto nell'intrinseco antagonismo tra l'interesse del titolare del diritto e l'interesse del proprietario all'utilizzazione del bene.

Malgrado i numerosi rilievi critici che si è ritenuto di dover appuntare contro la ricostruzione del diritto reale in termini di situazione giuridica complessa, sicuramente merita di essere condivisa l'attenzione da questa rivolta alla categoria delle obbligazioni propter rem, nella prospettiva della risoluzione dell'annoso enigma dei diritti reali. Del resto, l'indubbia rilevanza che siffatta categoria riveste ai fini della corretta impostazione del problema dei diritti reali, può essere argomentata, come è stato notato,¹⁸⁰ dal diffuso imbarazzo incontrato

legge non aggiunge alla proprietà un valore che questa non ha, ma si limita a specificarlo, ad assicurare in concreto la possibilità della sua esplicazione.

¹⁷⁹ M. COSTANTINO, op. ult. cit., p. 145 ss. Invero, come sarà chiarito anche nel prossimo capitolo, il rapporto che si determina, nei diritti reali limitati, con l'altro soggetto in relazione diretta con la cosa costituisce termine essenziale di riferimento al fine di determinare quali siano gli atti che costituiscono realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto del titolare al bene, e quindi di precisare l'ambito della tutela e dell'esercizio del diritto, ma anche di giustificare la ragione della differente disciplina dei presupposti, natura, effetti e prescrizione delle azioni reali e personali che possono essere esercitate dal titolare verso terzi. Il corollario pratico della impostazione adottata da Michele Costantino e tesa a valorizzare la dimensione di rapporto nella struttura dei diritti reali limitati consiste nella direzione della tutela apprestata per questi diritti in quanto le azioni reali sarebbero esperibili solo nei confronti di quei soggetti investiti di altro diritto reale sulla cosa, giacché questi sono gli unici in grado di contrastare l'esercizio del diritto reale limitato, l'azione per danni sarebbe, invece, esperibile nei confronti di tutti i terzi, la cui eventuale ingerenza sarebbe configurabile come violazione del generale principio del divieto del *neminem laedere*, sanzionata dall'art. 2043 c.c. Per una critica a tale impostazione, si rinvia alle pagine di P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., p. 140 ss., il quale, come si dirà, pur affascinato da una ricostruzione tecnica delle sfere di competenza dei titolari di diritti reali limitati sulla medesima res nel quadro di "relazioni intersoggettive che scandiscono il contemporaneo esercizio dei poteri del proprietario e del titolare del diritto reale limitato", repentinamente vi rifugge per la difficoltà di emancipare la dimensione di "rapporto" dallo schema del rapporto obbligatorio.

¹⁸⁰ Si allude a M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 101 ss.; ID., voce *Diritti reali* (diritto civile), cit., p. 748, il quale, sulla base, tra gli altri, di tale rilievo, giunge ad operare una profonda revisione dei tradizionali caratteri distintivi tra diritti reali e di credito. Muovendo, infatti, dal presupposto che la classificazione dei diritti patrimoniali può essere operata non solo sulla base del criterio della struttura del potere quanto anche sulla base del criterio dell'inerenza di guisa da doversi considerare reali tutti quei diritti in cui il collegamento del potere del titolare con la cosa è tale che il potere medesimo diviene inerente ad essa consentendo al titolare di raggiungere il soddisfacimento del suo interesse qualunque siano i rapporti giuridici o di fatto che involgono la cosa, arriva ad inquadrare tali obbligazioni nell'ambito dei diritti reali: "si tratta di obbligazioni che sono diritti reali". La notazione espressa nel testo si trova anche in F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 81 ss., che riferisce come le obbligazioni propter rem e gli oneri reali siano stati considerati di solito intermedi tra i rapporti reali e quelli obbligatori.

dalla dottrina nel catalogarla in base ai tradizionali criteri di distinzione tra diritti reali e di credito, dopo aver constatato in essa la ricorrenza dei caratteri di entrambe le situazioni giuridiche soggettive. Il vero è che le obbligazioni propter rem, strutturalmente riconducibili nell'ambito dei rapporti obbligatori, secondo un risultato scientifico ormai acquisito, costituiscono l'attestazione più evidente, il punto di emersione normativo di quel profilo relazionale che concorre a definire il contenuto dei iura in re aliena, che trova il suo presupposto nell'esigenza di delimitazione delle contrapposte sfere di competenza del titolare del diritto reale limitato e del proprietario in ordine all'utilizzazione della res: esse, come sarà chiarito nella seconda parte di questa ricerca, rappresentano il fondamentale strumento con cui all'ordinamento od ai privati – senza, peraltro, incontrare i limiti del principio di tipicità dei diritti reali – è concesso di regolare l'esercizio del diritto reale limitato al fine di garantire che la specifica conformazione del contenuto del diritto medesimo, in funzione dell'interesse concorrente del proprietario, non resti frustrata nella sua concreta attuazione.

L'idea che il diritto reale su cosa altrui non sia una situazione essenzialmente irrelata costituisce un'affermazione sicuramente non nuova nel panorama dottrinale italiano, ove essa si ritrova talvolta come intuizione, talora come il risultato, più o meno consapevole in tutte le sue implicazioni, di studi scientifici rigorosi ed approfonditi¹⁸¹, che tuttavia ha finito sempre col risultare isterilita da una concezione eccessivamente ristretta del rapporto giuridico, di cui si tende ad ammettere l'esistenza solo ove ad una situazione di diritto sia correlativa una di obbligo. Ebbene se è vero che non si dice nulla di nuovo quando si afferma che "i diritti reali frazionari hanno in sé un concetto di relatività che toglie molta parte di vero all'affermazione, che l'intermediario di una persona non è necessario nei diritti reali"¹⁸², è pur

¹⁸¹ Il riferimento è, oltre agli autori citati nella nota seguente, a V. ARANGIO RUIZ, voce *Ius in re aliena*, cit., p. 120 ss.; ID., *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, cit., c. 49 ss. ID., *La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano*, cit., p. 362 e 376 ss., il cui pensiero si avuto già modo di esporre all'inizio di questa trattazione. Qui s'intende semplicemente ribadire il risultato raggiunto da tale dottrina che si esprime nell'idea che nell'ordinamento vigente come in quello romano classico soggetti passivi dei diritti su cosa altrui non siano tutti i consociati bensì "i successivi proprietari della cosa gravata", idea poi ripresa da E. REDENTI, *Il diritto civile con pluralità di parti*, Milano, rist. (1^a ed. 1911), 1960, p. 164 ss.; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 145 ss.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, cit., p. 70 ss.; P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., p. 137 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, cit., p. 95 ss., che sottolinea, in armonia con quanto espresso nel testo, che "il coesistere di più situazioni reali sullo stesso bene non richiede un'assoluta assenza di rapporto tra le medesime né richiede che detto rapporto venga qualificato come obbligatorio".

¹⁸² Così C. FADDA e P. E. BENSA, *Note dei traduttori al libro II*, p. 577, i quali, invero, forniscono una spiegazione alquanto ingenua, sotto l'aspetto tecnico, del profilo di relatività che connota i diritti reali limitati ed, in special modo, la servitù, dovuta proprio a quella ristrettezza di orizzonti concettuali che induce a considerare in termini

vero, tuttavia, che l'errore commesso dalla dottrina che ha condiviso tale risultato è stato quello di tradurre una simile intermediazione in termini di obbligazione, ragion per cui la critica¹⁸³ ha avuto gioco facile nella dimostrazione che il diritto reale limitato, pur nel rapporto con la situazione madre, non perde il suo carattere di diritto assoluto in quanto esso realizza il proprio contenuto indipendentemente dall'altrui collaborazione. Ove, invece, si abbandoni ogni costruzione ontologica del rapporto giuridico, come qui si è tentato di fare e se ne ravvisi l'esistenza nella pura relazione di funzionalità che lega due o più situazioni giuridiche soggettive¹⁸⁴, aventi in comune un'identica base di fatto, non si avrà difficoltà a concepire come termini del rapporto reale, lo specifico potere di utilizzazione del bene, connotato in termini di inerenza, in cui si esprime la forma o figura del diritto reale limitato, da un lato, e la corrispondente specifica limitazione che conforma il contenuto del diritto del proprietario¹⁸⁵ in termini di "non potere puro e

di obbligo ogni situazione di rapporto, ma, ciononostante, sembrano "intuire" perfettamente i termini della questione. Infatti, muovendo dalla premessa che il diritto frazionario si concepisce come una divisione del complesso di facoltà costituenti il dominio – concezione peraltro ormai abbondantemente superata – sottolineano come se si voglia descrivere il diritto reale sulla base della relazione con la cosa, si deve tuttavia tener conto del fatto che non si tratta della cosa in sé considerata bensì della cosa che forma altresì oggetto del diritto di proprietà. Insomma, se è vero che gravata è la cosa, sarebbe altresì vero che "chi in definitiva soffre di questa restrizione di libertà non è la cosa, ma il possessore di essa, il quale non può esimersi dall'ottemperare a quella necessità giuridica, fin che vuol conservare quella relazione colla cosa". Del resto, sempre ad avviso degli autori citati, se la servitù postula un pati od un non facere è difficile "immaginare questi due stati di inazione per parte della cosa".

¹⁸³ Si allude alla critica di M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 222 ss.

¹⁸⁴ Si tratta della già esposta conclusione di U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 18.

¹⁸⁵ Com'è noto, da tempo è ormai acquisito in dottrina il risultato che i diritti reali limitati non rappresentino frazioni della proprietà, parti concrete di potere tolte al contenuto del diritto reale maggiore di cui si genererebbe in senso proprio uno smembramento bensì limiti che ne comprimono il contenuto: "il diritto di proprietà è un diritto unico, infrangibile e non può essere diviso a brani a favore degli altri; i iura in re aliena sono dei diritti a sé stanti che non sono parti del diritto di proprietà, sebbene concorrano col diritto di proprietà" (così F. FERRARA, *Concetto e tipi*, cit., p. 423) nel senso che il proprietario conserva le facoltà già spettantigli e viene soltanto limitato nel suo esercizio (ma sul punto, si veda quanto è stato espresso, supra, alla nota 105) o nella possibilità di farle valere. La dottrina ha sottolineato altresì come da tali premesse risulti agevole comprendere, da un lato, il modo in cui si atteggia la costruzione del diritto reale limitato, che non implica un vero trasferimento bensì un acquisto derivativo costitutivo nel senso che il diritto più ristretto deriva dal diritto maggiore (ma sul punto, si leggano le considerazioni di S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 509 ss.) e, al tempo stesso, "lo suppone e lo limita" (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., pp. 93-94); e, dall'altro, spiegare l'effetto dell'estinzione del diritto minore che determina un'automatica riespansione del diritto principale e non dà luogo ad alcun ritrasferimento delle pretese e facoltà che formavano il contenuto del diritto reale limitato. Sul punto, le ampie considerazioni di G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione* in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, IV, t. 5, Torino, 1972, p. 46 ss.; nonché di M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 207 ss.; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 389 ss. Del resto,

semplice, non potere se non a certe condizioni, non potere impedire l'altrui potere". Una simile relazione emerge con particolare evidenza nel diritto reale di servitù ed anzi costituisce il profilo qualificante del contenuto del diritto, secondo la prospettazione legislativa: il peso, il limite, per un soggetto è strettamente collegato con la situazione di vantaggio, di utilità per un altro soggetto ed il collegamento è tanto essenziale che se viene meno il vantaggio o la possibilità del vantaggio per la situazione soggettiva, viene meno anche la ragione dell'esistenza del limite per l'altro. Così come per la servitù emerge in termini normativamente chiari la necessità che essa sia concepita come un rapporto giuridico che trova come punti di collegamento le situazioni giuridiche soggettive che possono vertere sui fondi, come relazione che costituisce un'utilità per una situazione giuridica (dominante) ed un peso o svantaggio per un'altra situazione giuridica (servente),¹⁸⁶ ugualmente in tutti gli altri diritti reali limitati non può trascurarsi quell'aspetto relazionale costante che collega il potere di utilizzazione del titolare del diritto reale limitato con la corrispondente limitazione, originatasi in capo al proprietario al fine di consentire la costituzione del primo. Con ciò si vuol dire che la conformazione del contenuto del diritto reale limitato dipende essenzialmente dalla limitazione, è fissata in funzione della limitazione che si produce nella sfera del proprietario, si pone come il risultato del contemperamento degli opposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene¹⁸⁷. Un simile rapporto di

dall'accoglimento di simili premesse dipende la corretta soluzione di rilevanti questioni, quali quella dei cd. diritti su diritti (per la tesi positiva, B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, IV, t. 1, Torino, 1953; per la sua critica, G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 729 ss.) nonché quella relativa alla struttura ed al significato dogmatico della riserva di usufrutto e dei diritti limitati in genere (si vedano, sempre, le contrapposte posizioni di B. BIONDI, *Le donazioni*, *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, XII, t. 1, Torino, 1961, p. 370 ss. e G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 189 ss.).

¹⁸⁶ Si tratta della lucida constatazione di P. PERLINGIERI, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 190, il quale sottolinea come debba essere rivista la tradizionale concezione della servitù come rapporto tra fondi materialmente intesi. Anche S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, *cit.*, pp. 81-82, esprime considerazioni analoghe, ponendo in evidenza il profilo di limite insito nella servitù, che comprime, riduce il contenuto di una data situazione giuridica di guisa che "sulla situazione giuridica preesistente, in virtù dell'atto o del negozio costitutivo, viene a pesare dall'esterno un'altra situazione soggettiva. L'autore, invero, si era già espresso, sul punto, in termini ancora più espliciti e in via generale, nella voce *Acquisto del diritto*, *op. ult. cit.*, p. 513, affermando che "la costituzione del nuovo diritto [reale limitato] influisce sul diritto preesistente sul quale viene a gravare, costituendo una limitazione rispetto ad esso" di guisa che "tra i due diritti si determina un rapporto di correlazione, di limitazione e influenzabilità reciproca" (c.m.). Si tratta, in entrambi i casi, di felici intuizioni che rimangono a questo livello senza essere ulteriormente sviluppate.

¹⁸⁷ Così il potere di utilizzazione del bene che compete all'usufruttuario è in funzione dell'interesse del nudo proprietario al rispetto della destinazione economica, che costituisce il fondamentale limite di conformazione del contenuto di tale situazione reale, costruita, come si dirà, su un modulo tipologico di sfruttamento della specifica destinazione economica impressa al bene dalla legge in relazione alla natura giuridica di questo ovvero dal proprietario. Nell'enfiteusi, invece, ove il contenuto del diritto è costruito intorno ad un modulo di utilizzazione produttiva del bene ed in funzione

correlazione tra potere e limitazione ricorre, dunque, in tutti i diritti reali limitati di guisa che attraverso lo studio e l'analisi del modo in cui è configurata tale relazione, avuto riguardo al concreto modulo tipologico reale, si ritiene possibile procedere ad una corretta ricostruzione del sistema dei diritti reali, presupposto fondamentale per l'individuazione dei limiti all'operatività del potere privato nella regolamentazione del loro contenuto, che, come si dirà, non è che il regolamento di tale relazione di reciproca funzionalità tra situazioni giuridiche che esprimono contrapposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene.

dell'interesse proprietario a tale gestione produttiva, si giustificano gli obblighi dell'enfiteuta di pagare il canone e migliorare il fondo.

CAPITOLO II

REGOLAMENTO NEGOZIALE DEI DIRITTI REALI

SOMMARIO: 1. I limiti di operatività dell'autonomia privata nel regolamento dei diritti reali. Impostazione del problema. Il condizionamento esercitato sulla soluzione del problema dal modo tradizionale di concepire i diritti reali. 2. Carattere preliminare dell'analisi relativa alla identificazione dei "tipi" di diritti reali. Revisione critica dell'impostazione che costruisce il tipo come schema normativo dotato di un contenuto essenziale e naturale alla stregua delle categorie dogmatiche elaborate in ambito contrattuale. 3. Individuazione del tipo di diritto reale nel particolare rapporto tra il bene ed il potere di utilizzazione del titolare. 4. Il principio di tipicità dei diritti reali come regola tecnica derivante dalla inidoneità del contratto a creare forme o figure di qualificazione. L'essenza di valore del contratto come regolamento dei rapporti tra situazioni di interesse. Emersione della rilevanza del contratto nell'ambito dei diritti reali come strumento di organizzazione di interessi in conflitto in ordine alla utilizzazione dei beni: la sua funzione non si esaurisce nella costituzione o nel trasferimento delle situazioni reali ma si estende alla programmazione del loro contenuto attraverso la disciplina delle relazioni e/o interferenze tra attività giuridicamente rilevanti in ordine al bene. 5. Continua: revisione critica dell'impostazione che riferisce il regolamento all'esercizio del diritto reale, che attiene, invece, alla fase della attuazione del programma di utilizzazione del bene: l'esercizio del diritto è il momento dinamico del diritto, non il progettare ma il proiettarsi del soggetto nel mondo della azione giuridica. 6. Le modalità tecniche attraverso le quali si realizza tale programmazione. Esclusione della correttezza metodologica delle ipotesi ricostruttive che esauriscono nell'obbligazione lo strumento idoneo ad esprimere tale regolamento, inserendosi nel solco di quell'orientamento dottrinale che, pur facendo emergere il profilo relazionale costante dei diritti reali, hanno finito con l'instillare tale relazione in termini di rapporto obbligatorio. La programmazione dei diritti reali si estrinseca, innanzitutto, nella configurazione delle attività giuridicamente rilevanti in termini di utilizzazione del bene. 7. Continua: esempi di regolamento del contenuto del diritto reale limitato. L'obbligo come strumento che consente di garantire la perfetta corrispondenza tra programmazione e attuazione del contenuto del diritto reale, come *trait d'union* tra potere di utilizzazione e suo esercizio.

1. – L'esame della vicenda concettuale del diritto reale innanzi condotto costituisce un privilegiato punto di osservazione per comprendere come la soluzione offerta sia dalla dottrina classica che da quella moderna al problema dei rapporti tra autonomia contrattuale e diritti reali sia stata condizionata dal modo di concepire tali diritti, riguardati ora come situazioni giuridiche assolute, opponibili erga omnes ora come situazioni essenzialmente irrelate, caratterizzate dalla immediatezza del collegamento con il bene. Alla luce di tali premesse concettuali va dunque riguardata l'asserita incompatibilità strutturale con lo strumento contrattuale: l'idea che il contratto come regolamento di interessi riguardi essenzialmente sotto il profilo effettuale i soli autori della regola negoziale in quanto normalmente titolari degli interessi regolati, ha costituito la giustificazione esplicita od implicita della limitazione dell'ambito di operatività della autonomia privata nel campo dei diritti reali alla sola fase genetica in guisa da fondare l'idea che il diritto reale si atteggi alla stregua di un dato o variabile indipendente, a voler utilizzare un termine tratto dal linguaggio logico matematico, che l'autonomia privata è abilitata ad utilizzare in funzione esclusiva della

costituzione o del trasferimento senza possibilità di conformazione alcuna del relativo potere di utilizzazione. Del resto, anche la dottrina più moderna che muovendo dall'esame delle molteplici disposizioni normative in materia di diritti reali contenenti un richiamo al "titolo"¹,

¹ Numerosi sono i richiami al titolo soprattutto nella disciplina della servitù (artt. 1030 e 1070 c.c. – prestazioni accessorie al contenuto della servitù, 1063 – norme regolatrici dell'estensione e dell'esercizio della servitù, 1065 – estensione e modalità di esercizio della servitù, 1069 – opere necessarie per conservare la servitù, 1082, 1084, 1090, 1091 c.c. – forma della bocca e dell'edificio derivatore, esercizio, e prestazioni accessorie nella servitù di presa o derivazione d'acqua) al punto da indurre taluno a prospettare un "caso servitù" nell'ambito dei diritti reali limitati giacché "se pure v'è un principio in forza del quale il contenuto di ciascun diritto reale è sempre identico a se stesso, questo principio certamente non opera nel campo delle servitù", il cui contenuto come accade per l'obbligazione non è predeterminato positivamente dalla legge ma "spazia per ciascuna ipotesi concreta, entro l'ampissimo margine d'autonomia del quale i privati dispongono" (Così P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, op. cit., p. 46 ss.). Nello stesso senso anche A. NATUCCI, *Le servitù*, in P. GALLO – A. NATUCCI (a cura), *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, VII, t. II, Torino, 2001, p. 115, il quale sottolinea come la servitù, per tale sua caratteristica di elasticità, si presti, meglio di ogni altro diritto, ad accogliere ed inquadrare in schemi collaudati e tipici le fattispecie che emergono dalla prassi contrattuale e dalla disciplina normativa più recente, come ad esempio nel campo della disciplina urbanistica - l'allusione è probabilmente al fenomeno della cessione di cubatura, particolarmente diffusa nella prassi negoziale degli ultimi anni e ricondotta dalla dottrina prevalente nello schema della servitù di non edificare qualificata (per una sintesi delle varie opinioni, tuttavia, si rinvia a N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 1113 ss., ove ampia bibliografia) nonché a quello, di ancor più vaste dimensioni, dei consorzi di urbanizzazione, la cui costituzione dà luogo ad una serie di limitazioni nei rapporti tra i proprietari consorziati, prevalentemente ricondotti nello schema delle servitù reciproche (sul punto, per un recente quadro di sintesi, G. SALVADOR, *Atto costitutivo di consorzio di urbanizzazione*, in *Notariato*, 2003, 4, p. 393 ss.). Più avanti si cercherà dimostrare l'infondatezza della premessa del ragionamento circa l'esistenza di un contenuto predeterminato e sostanzialmente invariabile degli altri diritti reali limitati. Non mancano tuttavia richiami al titolo nella disciplina degli altri diritti reali limitati: si pensi, per quanto concerne l'enfiteusi, ove il legislatore ha analiticamente individuato le disposizioni inderogabili, all'art. 957 c.c., che sancisce la regola della sussidiarietà della disciplina legale rispetto a quella convenzionale salvo le norme imperative; all'art. 964, relativo alle imposte ed altri pesi che gravano sul fondo; all'art. 965, disciplinante il divieto convenzionale di alienazione del diritto di enfiteusi c. c.; per la superficie, ancora, all'art. 954 c.c. – estinzione convenzionale della superficie per perimento della costruzione; infine, per l'usufrutto, all'art. 980 c.c. – divieto convenzionale di cessione dell'usufrutto.

Tendono a svalutare fortemente la portata dei rinvii contenuti nel codice civile al titolo contrattuale in materia di diritti reali, DI MAJO A. – FRANCARIO L., *Proprietà ed autonomia contrattuale*, Milano, 1990, p. 73 ss. che, muovendo dal presupposto che il tradizionale modello codicistico sia incentrato sull'idea che "attraverso i contratti si scambiano beni ma non si incide sull'uso e utilizzazione di essi e meno che mai sulle cd. forme di appartenenza", ritengono che gli spazi di operatività riconosciuti dalle varie norme al contratto sono pur sempre da ricondurre alla disciplina del rapporto di scambio e/o di corresponsività (in questo senso, tra gli altri, è letto il rinvio al titolo contrattuale ai fini della determinazione dell'utilità o del vantaggio della servitù prediale). Piuttosto, sempre ad avviso di tali autori, la tradizionale ripartizione di funzioni tra legge e autonomia contrattuale è in via di superamento ad opera delle

ha ritagliato uno spazio di operatività più o meno ampio allo strumento contrattuale in quest'ambito, in funzione della organizzazione delle molteplici situazioni di interesse radicate intorno alla utilizzazione del bene, ha finito con lo svilire il ruolo della autonomia privata, a causa del tradizionale e radicato pregiudizio circa l'incompatibilità tra la struttura di tali situazioni giuridiche a rilevanza erga omnes e quella del contratto, il cui regolamento ha forza di legge quasi esclusivamente tra le parti. In questa direzione si muovono innanzitutto i primi tentativi di riconoscere al titolo convenzionale l'idoneità ad incidere sul contenuto del diritto reale limitato² alterando la ripartizione delle utilità derivanti dalla cosa, rispetto a quella che risulterebbe in base alla legge, che tuttavia distinguono nettamente il problema della validità dall'aspetto della opponibilità a terzi della convenzione modificativa che viene per lo più esclusa ribadendo la incapacità del contratto di incidere sulla posizione dei terzi³. Nella medesima prospettiva vanno tuttavia inquadrare le più recenti ipotesi ricostruttive⁴ che, pur valorizzando

nuove acquisizioni che la realtà socio economica è andata offrendo sia sul terreno della prassi contrattuale (il riferimento è alla magmatica disciplina dei rapporti condominiali che tende a travalicare la regolamentazione dell'uso delle parti comuni per incidere sul godimento e la destinazione dei beni in proprietà esclusiva) che su quello dei modelli della legislazione speciale (si allude alla normativa comunitaria in materia di multiproprietà, recata dal d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427) e della giurisprudenza.

² Il riferimento è innanzitutto a V. ARANGIO RUIZ, La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana, cit., c. 54., che sottolinea come già in diritto romano in materia di servitù si riscontra "un'illimitata libertà riconosciuta alle parti nell'orbita dei principi generali"; a B. BRUGI, Dell'enfiteusi, II, Napoli-Torino, 1929, p. 277 ss., che si occupa dei patti modificativi dell'enfiteusi; G. VENEZIAN, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, in Tratt. dir. civ. it., diretto da Fiore, I, Napoli-Torino, 2ª ed. postuma a cura di G. Osti, 1931, p. 546 ss.; M. ALLARA, Le nozioni fondamentali del diritto civile, Torino, 5ª ed., 1958, p. 708 ss., che fornisce numerosi esempi della esplicazione dell'autonomia privata nella disciplina dell'usufrutto e dell'enfiteusi, per i quali, secondo l'autore, il legislatore avrebbe predisposto "un complesso normale di rapporti" ovvero di elementi costitutivi consentendo ai privati, nella sfera della loro libertà negoziale, di ridurre il numero dei suddetti elementi" ovvero sancendo egli stesso "in relazione a particolari circostanze, una riduzione, o più spesso, un aumento degli elementi stessi": è consentito, ad esempio, in materia di usufrutto, che il titolo costitutivo esoneri l'usufruttuario dall'obbligo di dare idonea garanzia, dall'obbligo delle riparazioni ordinarie; ancora, che il titolo costitutivo dell'enfiteusi, come nel caso di donazione di enfiteusi, esoneri l'enfiteuta dall'obbligo di pagare il canone (ma, sul punto, si leggano le considerazioni da me svolte nel successivo paragrafo). Nel tracciare i limiti che incontra l'autonomia privata nella conformazione del contenuto di tali diritti reali, Mario Allara ritiene che la riduzione degli elementi obbligatori di un determinato complesso non faccia venir meno la figura tipica sempre che per effetto di tale riduzione non si rientri in un'altra figura tipica di rapporti reali".

³ In tal senso chiaramente G. VENEZIAN, op. ult. cit., p. 546.

⁴ Si allude alla impostazione seguita da F. ROMANO, Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale, op. cit., p. 151 ss., specie 156, il quale manifesta per primo l'esigenza di tener distinto "il momento della attribuzione della competenza soggettiva rispetto alla res, che costituisce la materia dell'azione ordinante ed ha un suo significato specifico sul piano della formulazione logica dell'istituto, ed il momento dell'esercizio del potere attribuito che può richiedere l'instaurarsi di un rapporto nel quale si condensano

l'aspetto relazionale delle situazioni reali, ne confinano la rilevanza alla fase dell'esercizio del diritto reale anziché in quella della programmazione o progettazione delle azioni giuridicamente rilevanti corrispondenti all'utilizzazione del bene e, isterilendo ogni relazione giuridicamente rilevante in termini di rapporto obbligatorio ravvisano nell'obbligo il solo strumento tecnico in cui si esprime il regolamento dell'esercizio del diritto reale⁵. Si cercherà piuttosto di dimostrare come nella stessa disciplina normativa è possibile rinvenire alcuni indici significativi del fatto che il regolamento dei diritti reali non possa esaurirsi sul piano esclusivamente obbligatorio ma si esprima innanzitutto nella configurazione (spaziale, temporale, funzionale) delle attività giuridicamente rilevanti in termini di utilizzazione del bene secondo lo specifico modulo di inerenza reale.

2. – È opinione comune⁶ tra quanti hanno approfondito il tema dell'ambito di estensione del regolamento contrattuale del contenuto dei diritti reali quella secondo cui sia preliminare rispetto alla risoluzione di una simile questione la individuazione dei tipi di diritti reali normativamente riconosciuti ovvero la definizione di ciò che individua i singoli diritti reali tipici al fine di stabilire quale sia il contenuto normativo di tali figure non modificabile dall'autonomia contrattuale.

Ebbene, sembra che nella risoluzione della questione da parte della dottrina corrente abbiano esercitato una influenza pregiudizievole le categorie dogmatiche elaborate in sede di teoria generale del negozio giuridico o, più precisamente, del contratto. Il tipo di diritto reale come il tipo contrattuale identificherebbe pertanto un astratto schema regolamentare che presenta, da un lato un contenuto essenziale e qualificante dello specifico diritto reale e, dall'altro, un contenuto naturale, come tale derogabile liberamente dai privati e comunque integrabile attraverso pattuizioni accessorie nei limiti in cui la legge consenta che il titolo si sostituisca alla normativa legale: il regolamento secondo autonomia quindi sarebbe lecito solo fino a che non venga

posizioni di diritto e di obbligo". Sull'esempio di quest'autore, si sono poi mossi, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 205 ss.; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, op. cit., passim; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 232 ss.

⁵ Invero, S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, op. cit., ritiene di poter individuare strumenti alternativi rispetto all'impiego della obbligazione nella condizione e nell'onere non avvedendosi del fatto che in tal modo finisce col confondere la vicenda attributiva con la disciplina del rapporto che viene costituito in forza del contratto.

⁶ In tal senso si sono pronunciati F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit. p. 57 ss.; M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 223 ss.; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, op. cit., p. 12 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 228 ss.; P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., p. 147 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, cit., p. 149 ss.

compromesso il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione in modo tale da non privare il titolare della situazione stessa dei poteri e facoltà caratterizzanti quel determinato "tipo" di diritto reale.⁷

Si è già accennato, nel precedente capitolo, come il tipo o schema, (classe, genere), nasce dalla riduzione delle differenze tra i vari elementi di fatto ad identità, sia pure parziale o limitata: l'insieme delle note costanti rispetto agli elementi variabili, dunque, concorre ad individuare il tipo⁸. Senza voler addentrarmi nel delicato studio del tipo contrattuale, che ha suscitato l'interesse degli interpreti sia per quanto attiene al delicato profilo della sua delimitazione rispetto al concetto di

⁷ In tali termini si esprimono principalmente M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 227 ss., il quale, invero, contrappone le situazioni semplici di vantaggio e di svantaggio che compongono il nucleo fondamentale dei singoli tipi di diritti reali (per la proprietà, esso sarebbe rappresentato dalle essenziali facoltà di godimento e dai poteri di disposizione previsti dalla legge nei vari statuti del diritto, in riferimento ai diversi tipi di beni, nonché dal limite interno generale della funzione sociale; per l'enfiteusi, essenziali sarebbero i poteri di godimento e disposizione nonché il dovere specifico di miglioramento del fondo; per l'usufrutto, la facoltà di godimento e il dovere di rispettare la destinazione economica della cosa che si configura come limite fondamentale dei poteri accordati all'usufruttuario; per l'uso e l'abitazione, la stessa facoltà di godimento con la limitazione relativa ai bisogni del titolare e della famiglia; per le servitù, l'utilità o la necessità del fondo dominante), che costituiscono il limite ineliminabile delle situazioni reali, alle altre situazioni, sempre di vantaggio o svantaggio che, pur facendo parte della situazione reale, non ne rappresentano il nucleo fondamentale ma costituiscono essenzialmente regole per il suo esercizio, che potranno pertanto essere liberamente disciplinate dalla autonomia privata; nonché A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 229, il quale, contrariamente a Marco Comporti, tende a mantenere in termini più rigorosi il parallelismo rispetto al tipo contrattuale e, tacciando correttamente di ambiguità la distinzione tra contenuto del diritto e modalità di esercizio (sul punto, infra § 5), ritiene che l'unica distinzione rilevante ai fini della delimitazione del potere di autonomia privata nel campo dei diritti reali sia quella tra determinazioni del contenuto stabilite dallo stesso legislatore, che costituiscono il contenuto essenziale, la struttura di tali diritti, espressa normalmente con norme inderogabili o attraverso la previsione di divieti, e, comunque, ravvisabile in facoltà e poteri attinenti al contenuto sostanziale, "dominicale", dei diritti reali, e determinazioni rimesse alla volontà delle parti, giustificate principalmente in presenza del richiamo o della autorizzazione legislativa alla disciplina di determinati aspetti del diritto. Sennonché non è chi non si avveda della circostanza che anche il criterio distintivo tracciato dall'autore da ultimo citato presenti non pochi aspetti di ambiguità giacché non sempre risulta agevole rinvenire nella disciplina legislativa dei diritti reali indici inequivoci della imperatività della previsione. E del resto, il criterio sussidiario proposto dall'autore di ritenere ineliminabili e, comunque, inalterabili dai privati "gli aspetti relativi a facoltà o poteri che rientrerebbero nel contenuto del diritto di proprietà" – sarebbe in forza di tale criterio che l'autore inferisce, ad esempio, che non si potrebbe derogare alla norma che prevede il possesso da parte dell'usufruttuario (art. 982 c.c.) – non solo non viene sufficientemente chiarito, giacché la dottrina richiamata non si preoccupa di individuare quali siano le facoltà ed i poteri attinenti al contenuto dominicale, ma è quanto meno discutibile sul piano scientifico in quanto deriva da quell'erroneo atteggiamento mentale caratterizzato dal voler riferire attributi proprietari agli altri diritti reali limitati.

⁸ Indicative in tal senso sono le considerazioni di A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo*, cit., p. 1013 ss.

causa⁹ sia per quanto concerne l'individuazione dell'elemento o degli elementi in forza dei quali procede la qualificazione tipologica nell'ambito delle varie figure contrattuali¹⁰, intendo qui semplicemente porre in rilievo come ad esso, costantemente, la dottrina, abbia

⁹ Il lento e travagliato processo di emancipazione del tipo dalla causa del contratto è stato compiuto grazie alle fondamentali opere di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249 ss. e F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 52 ss., i quali hanno dimostrato che il concetto di causa vada apprezzato in relazione alla concreta operazione economica in termini di funzione economico-individuale e non già come funzione economico-sociale. Muovendo da questa premessa il Gazzoni, proprio nel quadro di una corretta considerazione della funzione autonoma dei due diversi concetti di causa e tipo, ha sottolineato la profonda diversità del giudizio che attiene alla prima, che è giudizio di liceità, rispetto al giudizio attinente al tipo, che è invece giudizio di meritevolezza (ma, già precorrendo tali risultati, G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I. Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 206; nonché R. NICOLÒ, in Riv. dir. civ., 1939, II, p. 10 ss.).

¹⁰ In ordine a tale aspetto, va rilevato come sia progressivamente emersa nella dottrina che ha esaminato il tema, la tendenza a ripudiare il concetto di causa come elemento di qualificazione tipologica dei contratti (in tal senso, invece la dottrina tradizionale, tra cui, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, op. cit., p. 173; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s. d. (ma 1944-1946), p. 603; ma anche uno tra i fautori della nuova concezione della causa come funzione economico individuale, G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 249 ss.) sulla base del rilievo che la medesima causa può essere perseguita mediante schemi negoziali diversi; del resto, proprio a completamento del percorso dottrinale teso ad emancipare il tipo dalla causa, una parte della dottrina ritiene di poter individuare una tipologia meramente "fisionomica": il tipo concretantesi in una sintesi di elementi caratterizzanti, non più aggregati intorno al concetto di funzione, appare uno strumento di qualificazione neutrale, che può essere colto non già attraverso un giudizio di valore bensì mediante una "intuizione globale", svolta attraverso il cd. metodo tipologico di derivazione tedesca, che impone di tenere conto di molteplici aspetti (il contenuto del contratto, la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, il modo di perfezionarsi del contratto, il fattore tempo, etc.). Si tratta della nuova impostazione seguita da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 62 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 185 ss.; R. SACCO, *La qualificazione*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 10, II, Torino, 2ª ed., 2001, p. 541 ss. Tale nuova linea metodologica, tuttavia, non sembra abbia ricevuto l'adesione della dottrina prevalente, la quale ha opportunamente, ad avviso di chi scrive, sottolineato come il tipo esprima qualcosa di più della somma dei tratti caratterizzanti che lo compongono: infatti, "i singoli caratteri fisionomico-strutturali (...) che atomisticamente considerati hanno natura neutra ed incolore, inseriti in un contesto significativo, particolarmente connotato dall'interesse delle parti, assurgono ad unità funzionale" (così, G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in Riv. dir. civ., 1984, I, p. 795; nello stesso senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2ª ed., 2000, p. 475 ss.; F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, p. 75 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in AA. VV., *I contratti in generale*, in Tratt. dei contratti, diretto da P. Rescigno, t. I, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 41 ss.). Del resto, la sintesi unitaria della struttura in cui si esprime il tipo contrattuale non può essere rinvenuta e spiegata esclusivamente attraverso la stessa struttura ma va appunto ricercata nel contesto funzionale dell'assetto di interessi specificamente realizzato attraverso quella operazione economica

demandato la duplice funzione, da un lato, di porsi come paradigma, che nella sua struttura riassume una determinata operazione commerciale, ricorrente in un certo ambiente ed in un certo momento storico¹¹, e, dall'altro, di individuarne la disciplina giuridica. Con riguardo a tale ultimo aspetto, infatti, si è sottolineato come "la tipizzazione sarebbe gratuita ed inutile se non comportasse conseguenze: le quali sono vistose e sono rappresentate, innanzitutto, dai cosiddetti *naturalia negotii*"¹², cioè da tutti quegli effetti che conseguono per il fatto stesso della adozione di quello schema contrattuale, in assenza di una diversa pattuizione, in quanto rispondenti ad un'obiettivo ed equilibrata considerazione degli interessi perseguiti dai contraenti secondo l'*id quod plerumque accidit*. Del resto, dalla riconduzione di una certa operazione economica nell'ambito di un tipo contrattuale derivano anche conseguenze inderogabili in ordine ai requisiti di forma, di validità, di capacità delle parti, di termini di prescrizione etc. Da questi rapidi rilievi emerge come il tipo contrattuale si configuri essenzialmente come un tipo effettuale o di contenuto, che costituisce il punto di emersione della considerazione normativa della concreta fattispecie negoziale.

Nell'ambito delle fattispecie giuridicamente rilevanti, il contratto (ed il negozio in generale), infatti, occupa una posizione peculiare non limitandosi come le altre fattispecie a sollecitare semplicemente il giudizio di qualificazione giuridica da parte della norma ma costituendo esso stesso criterio di regolarità dei comportamenti¹³, schema di

¹¹ In tal senso si è espressa la più autorevole civilistica italiana, tra cui principalmente G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 250 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., p. 473. Enfatizzano in modo particolare l'essenza di operazione economica del tipo contrattuale, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 48 ss.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, passim. In tal senso, altresì, di recente, U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 28 ss.

¹² In questi termini, R. SACCO, *La qualificazione*, cit. p. 540.

¹³ La concezione della fattispecie giuridica come schema di qualificazione del fatto, la cui giuridicità dipende non dalla sua efficacia, secondo la tradizionale impostazione causalista (per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 103 ss.) bensì dalla rilevanza formale accordata dalla norma alla medesima si è affermata, grazie al contributo del formalismo giuridico (A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo*, cit., p. 245 ss.) nella dottrina moderna (B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 137 ss.; nonché R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.), la quale, come rilevato nel testo, ha ritagliato, tuttavia, una posizione autonoma al negozio giuridico, in cui, sin dalla definizione savignana, appare chiaramente una volontà creatrice degli effetti giuridici (F. C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, 111, Torino, 1896-1900, § 134, p. 342). Da qui, l'ampio dibattito dottrinale teso a definire il rapporto tra autonomia privata ed ordinamento, condotto attraverso gli scritti autorevoli di G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di libertà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 3 ss., e, oggi, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, 372 ss., in polemica con E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1943, ma rist. corretta della 2ª ed., Napoli, 1994, p. 43 ss.; di R.

qualificazione degli interessi cui mira a dare attuazione attraverso vicende effettuali impegnative. Nell'impostazione della dottrina più moderna il problema dei rapporti tra autonomia privata ed ordinamento cessa di configurarsi come rigida alternativa "che veda, sempre e necessariamente, soccombere l'uno o l'altro dei due termini da cui è composta"¹⁴ e si pone, piuttosto, in termini di coesistenza tra due sistemi di valori originari ed autonomi, l'uno dall'altro. Tale fondamentale constatazione conduce a dover distinguere nel contratto il profilo della fattispecie formale o tipologica, rispetto al quale fondare un giudizio di integrazione di tutti gli elementi richiesti dalla legge per la sua validità sul piano dell'ordinamento, dal profilo del regolamento di interessi della concreta operazione economica, rispetto al quale formulare un giudizio di idoneità del precetto di autonomia privata a porsi in termini di effettività e stabilità¹⁵. La disciplina del tipo contrattuale, che, nella sua struttura, articolantesi in effetti essenziali e non essenziali, esprime la sintesi unitaria dell'affare, costituisce lo strumento attraverso il quale l'ordinamento valuta la conformità dell'assetto di interessi ai propri principi e valori ordinanti e ne modella il contenuto¹⁶ fissandone i caratteri che identificano la fattispecie ed il relativo effetto. E poiché la qualificazione del valore regolamentare espresso dal contratto in termini di tipo effettuale si fonda essenzialmente su una valutazione teleologica della ragione fondamentale della concreta operazione economica, la stessa delimitazione degli elementi essenziali nell'astratta configurazione dello schema tipico, al fine di individuare il limite oltre il quale la disciplina legale non può essere derogata senza alterare il tipo, va operata sotto il medesimo profilo teleologico ovvero della loro idoneità alla realizzazione

SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria del negozio giuridico, Napoli, 1950, e culminata nelle opere di B. DE GIOVANNI, op. ult. cit., passim e di G. B. FERRI, Il negozio giuridico tra libertà e norma, Rimini, 1989, e ora, ID., Il negozio giuridico, Padova, 2001, p. 51 ss., che affermano l'autonomia dei due sistemi di valori.

¹⁴ Così G. B. FERRI, Il negozio giuridico, op. ult. cit., p. 57.

¹⁵ Insistono sulla necessità di distinguere la rilevanza del contratto come autoregolamento di interessi e come fatto giuridico formale, schema causale, da valutare, anche alla luce della significativa disciplina in tema di contratto simulato e condizionato, G. PALERMO, Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto, Milano, 1974, p. 47 ss.; nonché ID., Funzione illecita e autonomia privata, Milano, 1970, p. 189 ss. In diversa prospettiva ma aderendo alla stessa impostazione, C. DONISI, Il contratto con se stesso, Camerino-Napoli, 1982, p. 34 ss., il quale risolve efficacemente il tormentato problema strutturale posto dagli artt. 1333 e 1395 c.c., proprio spostando l'indice della bilateralità in cui va colta l'essenza del contratto, dall'area del "fatto" all'area del "valore".

¹⁶ In ordine alla corretta identificazione del concetto di contenuto del contratto ed alla sua distinzione rispetto all'oggetto del contratto, si leggano le ampie considerazioni di E. GABRIELLI, Il contenuto e l'oggetto, in AA. VV., I contratti in generale, in Tratt. dei contratti, diretto da P. Rescigno, cit., t. I, a cura di E. Gabrielli, cit., p. 633 ss. nonché, più di recente, ID., Storia e dogma dell'oggetto del contratto, in Riv. dir. civ., 2004, I, p. 327 ss.

della fondamentale causa della operazione economica¹⁷. Una volta operata tale individuazione a livello di fattispecie formale, l'analisi deve essere condotta con riguardo al concreto regolamento di interessi, da considerare nel suo complesso ed in ogni singolo elemento: la qualificazione del singolo elemento in termini di essenzialità va operata, sulla base di un giudizio di prognosi postuma, verificando, cioè se, in assenza di esso, sia ancora possibile la realizzazione dello scopo concretamente perseguito dalle parti nella determinazione dell'assetto negoziale complessivo. In ultimo, deve essere svolto il giudizio di sintesi al fine di "determinare l'esistenza o meno di una corrispondenza tra gli elementi così enucleati e quelli descritti come essenziali dal legislatore per configurare il tipo legale"¹⁸.

Una volta descritta la fenomenologia del tipo contrattuale come tipo effettuale, risulterà agevole constatare la profonda differenza rispetto alla fenomenologia del tipo di diritto reale. Già volgendo lo sguardo ai presupposti di fatto, che, come si è avuto modo più volte di sottolineare, costituiscono l'oggetto, il contenuto delle figure o fattispecie di qualificazione si ha la possibilità di rilevare che, mentre l'operazione economica alla base del tipo contrattuale esprime essenzialmente una vicenda dinamica in quanto finalizzata ad instaurare un nuovo assetto di interessi rispetto a quello in precedenza esistente tra le parti attraverso la posizione di un contenuto (insieme di regole) da valutarsi in termini di efficienza rispetto allo scopo avuto di mira, le situazioni di interesse, oggetto delle figure di qualificazione giuridica soggettiva sono considerate nella loro relazione statica di tensione rispetto ad un bene di guisa che la loro valutazione non può essere compiuta in termini di idoneità del contenuto allo scopo, bensì di idoneità del bene alla soddisfazione dell'interesse, valutazione del modo di essere della relazione tra bene ed interesse in termini di utilità arrecata. Del resto, spostando l'attenzione alla qualificazione normativa, può rilevarsi come mentre il tipo contrattuale è tipo effettuale, in quanto l'ordinamento, valutata la conformità del complessivo regolamento di interessi ai propri valori, vi attribuisce rilevanza, fissandone la struttura, articolatesi in elementi essenziali e naturali, efficienti rispetto allo scopo della operazione economica sottesa, il tipo di diritto reale è invece un tipo formale. Nel ripercorrere la vicenda concettuale del diritto soggettivo e del diritto reale, in particolare, è stata dimostrata l'infondatezza di ogni costruzione ontologica del diritto soggettivo, arrivando ad asserire, con la dottrina più attenta¹⁹, che questo "non è altro che sintesi verbale della predisposizione di uno strumentario formale a servizio dell'interesse di un soggetto, reputato

¹⁷ Si rinvia agli autori citati alla precedente nota 11. Muovendo dalla prospettiva esposta nel testo appare possibile individuare e distinguere nel concreto regolamento di interessi, non perfettamente rispondente al tipo effettuale, da tutte le altre clausole espressive del tipo, quelle che determinano una alterazione della funzione.

¹⁸ Così E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 47.

¹⁹ Si rinvia a quanto esposto nel precedente capitolo, al § 6 e ss.

meritevole di protezione dall'ordinamento"²⁰. La forma del potere riconosciuta al titolare dell'interesse, del resto, si articola diversamente in relazione alla situazione sostanziale di interesse e, più in particolare al modo di essere della relazione tra bene ed interesse, al modo in cui il bene soddisfa l'interesse del titolare. La struttura del potere, in cui si identifica il tipo di diritto reale, quindi, non può essere considerata alla stregua di uno schema normativo, dotato di un contenuto essenziale e uno naturale, né, come è stato sostenuto muovendo da una prospettiva analoga, in termini di minima unità effettuale²¹, secondo le categorie elaborate per il tipo contrattuale, ma, deve, piuttosto, essere valutata come l'espressione di un modulo di utilizzazione del bene di guisa che solo l'attività corrispondente a quel modulo presenta i connotati della realtà. La correttezza metodologica di tale approccio è testimoniata dai risultati cui è giunta la migliore dottrina in ordine al problema della individuazione del contenuto essenziale della proprietà costituzionalmente garantito²². Dopo aver negato che sia possibile

²⁰ Così U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 76 ss.

²¹ In questi termini, E. CATERINI, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 146 ss. e specie, 156 ss., il quale sostiene che ogni rapporto reale presenta poteri di godimento differenziati ed autonomi con un contenuto garantito e/o riconosciuto (su tali concetti si rinvia alla trattazione iniziale dell'autore, alla p. 43 ss., quanto alla proprietà ed alla p. 106 ss. per i diritti reali limitati): il rapporto proprietario, nella sua massima espansione, potrebbe svolgere la funzione di godimento reale attribuendo insieme "poteri gestori" e di "mero godimento" secondo modalità "dirette" ed "indirette"; i rapporti reali parziari sarebbero poteri autonomi di godimento differenziati dalle minime unità effettuali di ciascuno. Così, ad esempio, il rapporto di servitù, secondo l'autore, sarebbe caratterizzato dai seguenti elementi essenziali: a) un rapporto di utilità; b) un rapporto tra due fondi rustici; c) una duplice e diversa titolarità dei fondi posti in rapporto. L'analisi delle unità effettuali dei singoli rapporti reali di godimento consentirebbe, sempre ad avviso della dottrina richiamata, l'individuazione dei differenti spazi di autonomia contrattuale. In particolare, questa sarebbe abilitata a integrare in melius (sic!) il contenuto garantito, al fine, cioè, di migliorare il raggiungimento dello scopo perseguito nel relativo rapporto, e a modellare il contenuto riconosciuto, nel rispetto delle norme inderogabili fissate dal principio di legalità. Invero, l'autore utilizza il concetto di minima unità effettuale senza chiarirne il significato ma forse negli stessi termini di contenuto essenziale nella configurazione del tipo di diritto reale, per cui valgono le stesse considerazioni espresse nel testo.

²² Quello del contenuto minimo della proprietà costituzionale costituisce il leitmotiv di tutti gli studi sulla proprietà alla luce della normativa costituzionale, su cui si sono cimentati numerosi ed autorevoli esponenti della civilistica italiana giungendo a soluzioni contrapposte, talora orientate nel ritenere decisamente che "la garanzia costituzionale della proprietà comporta altresì la necessaria conseguenza della garanzia di un contenuto essenziale o minimo dell'istituto, che la legge ordinaria" e l'autonomia privata non possono violare (così M. COMPORTI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., p. 325; nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, rist., 1999, p. 181 ss., secondo il quale vi sarebbe una soglia o contenuto minimo rappresentato dal normale godimento della cosa che non è dato al legislatore ordinario superare in nome dell'utilità sociale); talaltra, invece, fortemente critiche – a mio avviso, a ragione – rispetto ad ogni tentativo di individuare a priori un ambito sogliare minimo del contenuto della proprietà privata costituzionalmente tutelato (in tal senso NATOLI U., *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, cit., p. 53; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e

individuare nella proprietà civilistica, cui va riferita correttamente la garanzia costituzionale della proprietà²³, un nucleo di poteri coessenziali alla sostanza ed alla natura del diritto di proprietà, un nucleo di prerogative standardizzate²⁴, si è identificato l'oggetto della tutela costituzionale nel concetto di appartenenza, riscontrabile in tutto l'ambito dei diritti reali, e idoneo ad esprimere proprio la relazione di utilità tra il soggetto ed il bene: "la garanzia costituzionale, ha, quindi, per oggetto non un determinato godimento del bene ma una determinata modalità di esercizio del godimento"²⁵, una determinata modalità di utilizzazione. E, come si avuto modo di chiarire nel precedente capitolo, l'attività di utilizzazione del proprietario è "piena" non in quanto nel suo contenuto sono comprese tutte le manifestazioni di fatto del potere di godimento e di disposizione bensì in quanto si fonda su un modulo di utilizzazione secondo autonomia nel senso che si concreta nel potere di scegliere tra tutte le possibili destinazioni economiche consentite dalla natura giuridica del bene.

continuato da L. Mengoni, cit., p. 56 ss.; C. SALVI, *Il contenuto*, cit., p. 15 ss.). Autonoma ed affascinante, sul piano scientifico, è la posizione di A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, p. 28 ss., il quale, invero, come si dirà anche nel testo, ritenuto erroneo ogni tentativo di ricercare un contenuto essenziale o connaturale del diritto di proprietà, pur tuttavia non arriva a negare l'esistenza di una caratterizzazione del diritto costituzionalmente protetta, caratterizzazione che l'autore esprime attraverso il concetto di "appartenenza". Essa è adoperata per indicare "lo status giuridico di un soggetto rispetto al bene" e al contempo, "una relazione giuridica diretta tra soggetto e bene". Il legislatore costituzionale, in altri termini, avrebbe inteso garantire il rapporto di inerenza che è proprio non solo della proprietà bensì di tutti i diritti reali, cui dunque si estende la relativa tutela, nel senso che il titolare del bene deve perseguire il suo interesse senza l'intermediazione di alcun altra persona.

²³ Si tratta di una conclusione assai diffusa tra i giuristi che si sono occupati ex professo del tema della proprietà privata: si pensi, tra gli altri ad A. GAMBARO, op. ult. cit., p. 96, il quale ravvisa una "chiara ed espressa intenzione del costituente di assumere come base della disciplina costituzionale della proprietà un diritto positivamente costruito dal diritto civile"; nonché C. SALVI, *Il contenuto*, cit., p. 11 ss.; U. MATTEI, *La proprietà*, in Tratt. dir. civ., diretto da Rodolfo Sacco, cit., p. 94, il quale opportunamente sottolinea come la costituzione fissa gli ambiti della tutela proprietaria mentre il diritto civile (il codice e le altre fonti) ne fissa le forme tecniche.

²⁴ In questo senso, A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 57 ss.; C. SALVI, op. ult. cit., p. 7 ss., specie p. 12 ss., i quali sottolineano, entrambi, che il contenuto essenziale della proprietà adottato come parametro di legittimità per il sindacato delle leggi dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale è un dato meramente economico nel senso che le pronunce della Consulta hanno avuto l'effetto di "svincolare la garanzia dal contenuto giuridico del diritto (...) per ricondurla al contenuto economico di esso" facendo diventare decisivo non "la sottrazione di poteri, ma la sottrazione di valori economici". In senso contrario, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 183.

²⁵ In questi termini, A. IANNELLI, op. ult. cit., p. 73, il quale, come si è anticipato alla precedente nota 21, conclude nel senso che non esista una struttura giuridica originaria che funga da minimo comun denominatore rispetto alle altre, avendo il costituente descritto semplicemente lo schema giuridico, quello dell'appartenenza, da rispettare senza dare allo stesso alcun contenuto essenziale.

3. – Prospettati nei termini sopra esposti i rapporti tra tipo contrattuale e tipo di diritto reale, ne deriva conseguentemente che lo stesso problema della individuazione dell'ambito di operatività dell'autonomia privata ovvero del limite entro il quale il tipo risulta rispettato, va risolto in termini essenzialmente diversi. In questo caso, infatti, non si tratta di valutare l'esistenza o meno di una corrispondenza tra gli elementi essenziali del regolamento negoziale e quelli descritti come essenziali dal legislatore per configurare il tipo legale bensì, piuttosto, di accertare se la concreta manifestazione del potere, nella configurazione che ne hanno data le parti nel regolamento del diritto reale, finalizzato, come si chiarirà, a realizzare una certa composizione degli interessi in conflitto in ordine alla utilizzazione del bene (regolamento di utilizzazione), sia conforme al modulo di utilizzazione in cui si identifica il tipo di diritto reale, sia cioè, idonea ad incidere sul bene secondo la relazione specifica di utilizzazione modulata dall'ordinamento in relazione a quel tipo di diritto reale, o ancora se la concreta modalità di esercizio del diritto reale serva a completare quel tipo di utilizzazione.

La conclusione sopra adottata risulta confermata dall'impianto normativo in tema di diritti reali, caratterizzato dal fatto che è possibile, costantemente, scindere due tipologie di norme: quelle che individuano lo specifico modulo di utilizzazione del bene, come tale immodificabile, e quelle che ne offrono una regolamentazione avente la funzione di fornire ai privati un modello di regolamento, in parte derogabile ed in parte inderogabile, idoneo a consentire l'individuazione concreta delle attività costituenti manifestazione di quel modulo di utilizzazione ovvero delle modalità di esercizio strumentali rispetto a quella utilizzazione. Siffatto dualismo normativo risulta particolarmente evidente nell'ambito della disciplina relativa all'enfiteusi, la quale pertanto sembra offrire il banco di prova dell'ipotesi ricostruttiva adottata.

Diversamente dagli altri diritti reali, in tema di enfiteusi il legislatore si è, infatti, premurato di individuare esplicitamente le norme inderogabili dal titolo negoziale rispetto a quelle dispositive al punto che taluno²⁶ ha creduto di poter rinvenire in ciò la conferma della teoria secondo cui il legislatore, come accade per il tipo contrattuale, fissa anche per il tipo di diritto reale, un contenuto essenziale o inderogabile ed un contenuto naturale. Sennonché l'influsso distorsivo esercitato dall'impostazione concettualistica, che ha condotto a configurare il tipo di diritto reale come un dato precostituito che si impone all'interprete nella sua rigidità concettuale anziché essere il punto di approdo della esegesi normativa, ha indotto a trascurare una serie di indizi normativi idonei a consentire una corretta ricostruzione dell'impianto normativo – in questa sede, considerato, peraltro, prima della riforma introdotta dalle leggi speciali che hanno travolto completamente la fisionomia del diritto di enfiteusi nell'intento di

²⁶ Il riferimento è ad A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 241 ss.

incentivarne il ricorso. Orbene, considerata in sé, può apparire ambigua o scarsamente significativa la circostanza che il legislatore, all'art. 957 c.c., nell'operare la delimitazione delle norme derogabili e di quelle imperative, si riferisce chiaramente alla regolamentazione dell'enfiteusi – "l'enfiteusi è regolata" –; tuttavia, essa assume il significato di una specifica scelta tecnica²⁷ ove, passando ad esaminare il catalogo delle norme inderogabili richiamate, si ha modo di constatare che non si fa alcuna menzione delle disposizioni degli articoli 959 e 960 che stabiliscono rispettivamente i diritti e gli obblighi dell'enfiteuta. Se il mancato richiamo si riferisse soltanto a questa seconda disposizione mi sentirei autorizzata, non quale esegeta estremamente superficiale ma, piuttosto, particolarmente attento a valorizzare il dato normativo, che in tale ipotesi non sembra in alcun modo opinabile, a concludere nello stesso senso in cui si è espressa autorevolissima dottrina: questa, infatti, utilizzando l'argomento a contrario, ritiene che non solo l'obbligo di pagamento del canone ma anche l'obbligo di miglioramento del fondo dovrebbero considerarsi derogabili²⁸. Tuttavia, è il mancato richiamo, tra le disposizioni inderogabili, dell'art. 959 c. c., che riconosce all'enfiteuta "gli stessi diritti che avrebbe il proprietario", a insinuare nell'interprete il tarlo del dubbio e a mettere in discussione la conclusione testé raggiunta giacché non si vede come possa essere riconosciuto all'autonomia privata il potere di alterare la stessa configurazione dell'enfiteusi in termini di dominio utile²⁹, che l'ha

²⁷ Si tratta della scelta tecnica del legislatore di racchiudere nell'art. 957 c.c. la norma fondamentale cui è attribuito il compito di determinare il regolamento legale di utilizzazione del fondo in funzione del modulo di sfruttamento produttivo che concorre ad individuare il tipo enfiteusi, regolamento attraverso il quale è realizzata la composizione degli interessi contrapposti in cui si articola il rapporto enfiteutico. Sul punto, si rinvia alle osservazioni contenute più avanti, nel testo.

²⁸ In tal senso, coerentemente a quanto esposto nel testo, M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 750; nonché R. TRIFONE, *Dell'enfiteusi*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 957-1026), Bologna-Roma, 1969, p. 20 ss. D'altro canto, non è mancato chi (A. IANNELLI, *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975, p. 112 ss.), muovendo dalle innovazioni introdotte dalla riforma legislativa, ad opera dell'art. 18 della l. 22 luglio 1966, n. 607 – l'abrogazione dell'ultima parte dell'art. 972, che escludeva la possibilità di affrancare il fondo in presenza di una domanda di devoluzione per inadempimento all'obbligo di miglioramento nonché dei primi tre commi dell'art. 971, che delimitavano temporalmente il diritto di affranco nella prospettiva di rendere possibile o, comunque, di non pregiudicare il miglioramento fondiario programmato – e, quindi, dall'indiscriminata facoltà di affranco riconosciuta in tal modo all'enfiteuta, ha sostenuto che tale obbligo, originariamente essenziale, non costituisca più la causa del negozio ma un elemento naturale dello stesso, con la conseguenza che ben può il titolo costitutivo escluderne la previsione.

²⁹ Significativa in tal senso è la posizione del massimo studioso in tema di proprietà, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (con riguardo particolare alla proprietà terriera), cit., p. 240 ss., il quale qualifica propriamente la situazione giuridica costituentesi in capo all'enfiteuta come proprietà enfiteutica (p. 245) sulla base del rilievo che "il diritto di godimento spetta integralmente all'enfiteuta", anche in perpetuo e, per giunta, rafforzato da un diritto, il cui esercizio può in qualunque momento cancellare le vestigia di quel vuoto simulacro di proprietà rimasto in capo al

contrassegnata costantemente sin dal suo sorgere come diritto reale. A questo argomento se ne aggiungono di ulteriori, tratti rispettivamente dall'esame della Relazione di accompagnamento al codice civile e dall'interpretazione sistematica delle norme in tema di enfiteusi, che conducono ad avvalorare l'ipotesi ricostruttiva adottata. Innanzitutto, pur dovendo riconoscere una forza meramente persuasiva o, comunque semplicemente esplicativa dell'intentio legis, e non precettiva alle affermazioni contenute nella relazione al codice, non si può trascurare che in essa si trova affermato che "gli obblighi dell'enfiteuta...il pagamento del canone e il miglioramento del fondo costituiscono ancora gli elementi essenziali dell'enfiteusi (c. m.)" (n. 449). Pertanto, "l'atto che escludesse tali elementi sarebbe nullo" (286)³⁰. Del resto, come si è anticipato, è proprio muovendo da una interpretazione sistematica delle norme del codice che si trae una conferma chiara ed inequivocabile in ordine alla essenziale strumentalità dell'obbligo di miglioramento del fondo e di pagamento del canone rispetto alla configurazione tipologica del diritto di enfiteusi. A tale conclusione conduce proprio la considerazione di alcune delle norme inderogabili, interpretate con l'ausilio dell'argomento a fortiori in luogo di quello a contrario. Infatti la sanzione della inderogabilità di una delle prime disposizioni in tema di enfiteusi (art. 958, comma 2, c.c.), che divieta di costituire un enfiteusi per un periodo inferiore a vent'anni, non avrebbe alcuna giustificazione ove il modulo di utilizzazione proprio dell'enfiteusi possa prescindere dal miglioramento produttivo: la previsione di un limite temporale minimo, piuttosto, si collega all'esigenza di "ancorare il rapporto tra le parti ad un periodo di tempo in sé congruo, durante il quale possa essere agevolmente realizzato il miglioramento del fondo"³¹. Così, del resto, si spiega la norma dell'art.

concedente. In questo senso, sviluppando le premesse di un ragionamento posto da L. CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, in Tratt. dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino, 2^a ed., 1950, p. 193, il quale aveva rilevato come l'enfiteusi fosse "il più ampio dei iura in re aliena" e, nel contempo, "il più vicino al diritto di proprietà", G. PALERMO, *L'enfiteusi*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 2^a ed., 2002, p. 54, ravvisa il quid proprium, la caratteristica qualificante dell'enfiteusi nell'essere un "diritto pieno" per quanto riguarda l'utilizzazione della res che ne costituisce oggetto, caratteristica che vale a distinguerla così dall'usufrutto, per il quale sussiste il limite segnato dalla substantia rei come dai iura in re aliena in senso tecnico, tutti contraddistinti dalla attribuzione al titolare di poteri di godimento limitati a particolari forme di utilizzazione della cosa. In linea con la conclusione dottrinale della pienezza del diritto dell'enfiteuta anche la pronuncia della Cass., 3 gennaio 1995, n. 52, in Giust. civ. Mass., 1995, 6, che ha affermato che "il diritto dell'enfiteuta al pieno godimento del fondo non può in alcun modo essere limitato, in costanza del contratto di enfiteusi, dalla impostazione di una servitù passiva da parte del concedente".

³⁰ In perfetta aderenza con l'indicazione fornita dalla Relazione Cass., 13 dicembre 1994, n. 10646, in Giust. civ., 1995, I, p. 1250 ss., conclude nel senso che "non può considerarsi costitutivo di enfiteusi il contratto che, oltre a non prevedere l'obbligo di miglioramenti, rechi una destinazione del fondo oggettivamente incompatibile con ogni successiva miglioria".

³¹ G. PALERMO, *L'enfiteusi*, cit., p. 73. Nello stesso senso, TRIFONE, op. ult. cit., p. 10 ss.; nonché A. IANNELLI, *La nuova enfiteusi*, cit., p. 121 ss.

968 c.c. che, nel vietare la subenfiteusi, intende evitare che l'enfiteuta, tenuto all'obbligo di miglioramento pena la devoluzione del fondo al concedente possa frustrare, nei fatti, l'applicazione di tale rimedio affidando a terzi il materiale compimento delle attività di miglioria insieme al godimento del fondo³². Alla stessa conclusione in ordine alla inerenza dell'obbligo di pagamento del canone rispetto al tipo di diritto reale qui in esame, conduceva la considerazione della inderogabilità della disposizione dell'art. 962, abrogata ad opera dell'art. 18 della l. 22 luglio 1966, n. 607, relativa alla revisione del canone e giustificata dall'esigenza di conservare l'equilibrio iniziale tra ammontare del canone e valore del fondo in funzione del modulo di utilizzazione produttiva che si realizza con l'enfiteusi; infine, sempre nell'ottica della essenzialità del miglioramento fondiario, andava spiegata la disposizione inderogabile dell'art. 971 c.c. secondo cui il diritto di affranco, in caso di previsione convenzionale di un piano di miglioramento fondiario, incontrava un limite, appunto, nella circostanza che questo non fosse ancora stato completato³³. Dunque, a conclusione della esegesi normativa, è

³² La considerazione è condivisa, ancora, da G. PALERMO, *L'enfiteusi*, cit., p. 57, per il quale l'art. 968 c.c. ha inteso escludere che "tra la realizzazione dell'interesse del concedente e l'adempimento da parte del soggetto obbligato possa sussistere il diaframma, costituito dal fatto che un terzo, e non già l'enfiteuta, è nel godimento materiale del bene: ciò che, riducendo per forza di cose la responsabilità dell'enfiteuta, se non al rendiconto dell'altrui (il che è da escludere), comunque ad una responsabilità per comportamento omissivo (non aver controllato, non aver dato impulso all'attività del terzo) e conseguentemente attenuando la tutela del concedente, determinerebbe l'ingiustificato affievolimento della posizione giuridica di quest'ultimo".

³³ Invero, deve riconoscersi che anche le disposizioni derogabili che completano il regolamento legale dell'enfiteusi attestano che il tipo di diritto reale qui in esame si identifica in un modulo di utilizzazione produttiva del bene e confermano che il regolamento del diritto reale è regolamento del conflitto di interessi in ordine all'utilizzazione del bene nel rapporto tra concedente ed enfiteuta, finalizzato essenzialmente a configurare le attività dell'enfiteuta giuridicamente riconducibili in quel modulo di utilizzazione. In tal senso si è espressa chiaramente la Suprema Corte (Cass., 15 marzo 1995, n. 3038, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 614) con riguardo alla disposizione dell'art. 975, comma 1, c. c. a norma della quale "quando cessa l'enfiteusi, all'enfiteuta spetta il rimborso dei miglioramenti nella misura dell'aumento di valore conseguito dal fondo per effetto dei miglioramenti stessi, quali accertati al tempo della riconsegna". Tale norma, "avendo lo scopo di favorire il miglioramento del fondo enfiteutico assicurando all'enfiteuta, in ogni caso di cessazione che comporti l'integrale ripristino del rapporto, i vantaggi economici delle opere eseguite ed incentivando, per tale via, l'interesse dello stesso all'adempimento puntuale dell'obbligo di miglioramento del fondo assunto con il contratto (art. 960 c.c.), non si riferisce solo ai casi di risoluzione incolpevole del rapporto, ma a tutti i casi di risoluzione, ed anche a quelli, quindi, dipendenti dall'enfiteuta, come del resto, è reso palese dalla lettera della norma, che non distingue"; inoltre, per la medesima ragione, essa, riguarda, quindi, solo "i miglioramenti che si collocano nell'ambito del rapporto di enfiteusi e che, essendo ancora esistenti alla data della riconsegna, si traducono in un valore economico direttamente o indirettamente riconducibile alla legittima attività dell'enfiteuta (o dei suoi danti causa) e non ai miglioramenti realizzati dopo la cessazione del rapporto, nel tempo in cui l'enfiteuta ha mantenuto di fatto il possesso

possibile affermare che il tipo del diritto reale di enfiteusi è costituito essenzialmente dal modulo di utilizzazione produttiva, diretta od indiretta, del fondo e risulta fissato nelle disposizioni degli artt. 959 e 960 c.c., le quali, pur non esprimendosi direttamente in questi termini, si servono, tuttavia, dell'obbligo di pagare il canone e di quello di migliorare il fondo (id est di eseguire opere di miglioramento) come strumenti che rendano esteriormente percepibile il modulo di sfruttamento produttivo del bene.³⁴ Da tali disposizioni si distinguono tutte le altre che concorrono invece ad individuare il regolamento legale di utilizzazione del bene nell'enfiteusi, come chiarisce lo stesso legislatore, il nucleo di disciplina intorno al quale si compone il sistema di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'idea del rapporto enfiteutico³⁵: esso concorre, da un lato, a configurare le attività di utilizzazione conformi allo specifico modulo fissato e, dall'altro, a stabilire le modalità di esercizio del diritto che garantiscono la perfetta corrispondenza tra programmazione del contenuto del diritto e concreta attuazione (artt. 964, 967, 969, 975, 976, 977 c.c.)³⁶. L'articolazione di siffatto regolamento in norme inderogabili e norme dispositive si giustifica nell'esigenza sentita dal legislatore di delimitare già a livello normativo le attività intrinsecamente conformi al modulo di utilizzazione rispetto a quelle semplicemente accessorie od estranee ad esso. Del resto, come per l'enfiteusi, anche nel corpo delle norme relative agli

materiale del bene, per i quali sono, invece, applicabili i criteri previsti dall'art. 1150 c.c.”.

³⁴ Risulta chiaro da quanto espresso nel testo che si ritiene di condividere le conclusioni di S. ORLANDO CASCIO, voce *Enfiteusi* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 937, secondo il quale sia l'obbligo di miglioramento sia quello relativo al pagamento del canone non si configurano in termini di prestazioni corrispettive, integranti la causa di scambio del contratto costitutivo dell'enfiteusi (in tal senso, per il canone, tra gli altri, F. ROMANO, *Diritto ed obbligo*, cit., p. 211), ma servono a limitare e a qualificare il contenuto del diritto stesso, o meglio, a mio avviso, traducono sul piano della relazione giuridicamente rilevante tra concedente ed enfiteuta lo specifico modulo di utilizzazione produttiva del fondo, che concreta il tipo "enfiteusi"; si pongono come il riflesso, in sede di attuazione, della corrispondente limitazione programmata nella sfera giuridica del concedente, destinata ad influire, per tale strada, sulle modalità di esercizio del diritto, quale criterio dell'agire concreto del titolare nei rapporti con l'altro soggetto interessato all'utilizzazione del bene. Merita di essere ricordata, in proposito, l'opinione di L. CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, cit., p. 160 ss., secondo il quale nell'enfiteusi, accanto al lato reale del rapporto, rappresentato dalle rispettive situazioni di *ius in re* del concedente e dell'enfiteuta, esista un lato obbligatorio, al primo inscindibilmente collegato. Del resto, in questo stesso ordine di idee sembra muoversi anche la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., 5 dicembre 1992, n. 12964, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Usucapione* [6930]) la quale ha osservato che "il possesso corrispondente all'esercizio del diritto di enfiteusi, come tale suscettibile di condurre all'acquisto per usucapione di tale diritto, postula l'adempimento da parte del possessore dell'obbligazione relativa al pagamento del canone, costituente requisito necessario, anche se non sufficiente, perché un rapporto di enfiteusi possa stabilirsi anche *de facto*".

³⁵ In questo senso G. PALERMO, op. ult. cit., p. 73.

³⁶ Sulla distinzione tra contenuto del diritto e modalità di esercizio del medesimo si tornerà più ampiamente nel § 7.

altri diritti reali limitati è possibile individuare la norma che fissa il modulo di utilizzazione – l'art. 952 c.c. che, discorrendo di "diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore d'altri", individua il tipo della superficie nel modulo di utilizzazione edificatoria; l'art. 981 c.c. che, per l'usufrutto, fissa un modulo di sfruttamento conforme alla specifica destinazione economica propria del bene che ne forma oggetto; gli artt. 1021 e 1022 c.c. che collegano l'uso e l'abitazione, rispettivamente, ad un modulo di sfruttamento della destinazione economica ed utilizzazione abitativa, strettamente personali; l'art. 1027 c.c., che identifica la servitù in relazione ad un modulo di utilizzazione strumentale rispetto all'utilizzazione di un altro bene ovvero ad un modulo di sfruttamento della destinazione di servizio del bene rispetto ad un altro; gli artt. 2787 e 2808 c.c., che fissano, per il pegno e l'ipoteca, un modulo di utilizzazione indiretta, limitata cioè allo sfruttamento del valore di scambio del bene – distinguendola da quelle che dettano il regolamento di utilizzazione. La scissione nel corpo delle norme in tema di diritti reali, tra norme che fissano il modulo di utilizzazione e norme che ne approntano un regolamento normale di utilizzazione secondo quel determinato modulo, esprime la doppia anima dei diritti reali, in cui, come si è avuto modo di sottolineare ampiamente nel precedente capitolo, è necessario distinguere la forma o figura di qualificazione, in termini di potere di utilizzazione modulato in relazione al peculiare atteggiarsi del rapporto di utilità tra bene ed interesse, ed il contenuto della figura di qualificazione, individuato in funzione di composizione ed organizzazione degli interessi antagonisti in ordine al bene che ne forma oggetto.

4. – A completamento dell'analisi relativa alla identificazione dei tipi di diritti reali, nell'ambito della quale si è avuto modo di constatare la profonda diversità, nella fenomenologia normativa, di quelli rispetto ai tipi contrattuali, si è rafforzata la convinzione che alla base del principio del *numerus clausus* dei diritti reali debba essere rintracciata più che una esigenza di ordine pubblico, come si è tradizionalmente ritenuto, una ragione essenzialmente tecnica collegata alla inidoneità del contratto, come autoregolamento di privati interessi a creare figure di qualificazione, dovendosi piuttosto ravvisare il suo naturale ambito di esplicazione in relazione al contenuto di tali figure di qualificazione.

L'elaborazione dottrinale sul tema del numero chiuso dei diritti reali ha affinato col tempo i propri argomenti di guisa che all'originaria esigenza di ordine pubblico di garantire la libertà dei fondi (*Freiheit des Eigentums*) evitando il risorgere della frammentazione feudale del

dominio³⁷, apparsa, da un lato, fortemente in contraddizione rispetto alla esaltazione della forza vincolante del nudo consenso³⁸, che non solo obbliga ma altresì dispone in ordine alla circolazione dei diritti³⁹, e,

³⁷ Un quadro completo dei presupposti ideologici di stampo illuministico che giustificarono l'affermazione del principio del numero chiuso dei diritti reali, in conseguenza del diffuso atteggiamento di eversione della feudalità, della decisa tendenza delle classi borghesi a liberare la terra dai pesi e dalle servitù di ogni genere che vi gravavano, può essere rintracciato nelle ricche pagine di P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in Riv. dir. agr., 1972, I, p. 859 ss.; ID., *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, cit., p. 25 ss. nonché M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 287 ss. In ogni caso, per una ampia rassegna della dottrina, anche d'oltralpe, che si preoccupa di tracciare l'origine e l'evoluzione storica e concettuale del principio del numero chiuso dei diritti reali, si rinvia, principalmente, ad A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, cit., p. 443 ss., specie 461, il quale, invero, segnala "che l'idea di una tipicità dei diritti reali è essenzialmente estranea alla cultura giuridica della prima metà dell'Ottocento francese" e resta sostanzialmente estranea pure ai giuristi italiani fino, addirittura, agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice del 1865. Una prima risoluta affermazione provverrà dal Venezian che ne indicherà il fondamento nell'esigenza di tutela di interessi generali, suscettibili di essere lesi da una regola che lasciasse ai privati l'arbitrio di restringere e vincolare il regime economico dei beni (infra, alla nota 41).

³⁸ In tal senso P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali*, op. cit., p. 859. In proposito, M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali ed autonomia contrattuale*, in Studi in onore di C. Grassetti, I, Milano, 1980, p. 424, osserva, correttamente, che la comune matrice ideologica (si consideri la nota successiva) dimostra che tra le due regole non sussista contraddizione, ma anzi vi sia almeno nella sostanza convergenza. Nella stessa prospettiva di tale autrice anche P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto tra soggetto e ordinamento*, in Studi in onore di S. Pugliatti, I, Milano, 1978, p. 64.

³⁹ E' opinione diffusa (BIANCA C. M., *Il principio del consenso traslativo*, in Dir. priv., 1995, p. 5 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 69 ss.; AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà*, Atti del congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990, a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991, ove in particolare, U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del code civil e dell'ABGB*, p. 169 ss.; F. FERRARI, *Abstraktionprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobili. Una superabile divaricazione?* in Riv. dir. civ., 1993, I, p. 729 ss.; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994, p. 50 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare (Artt.2643-2645-bis)*, I, cit., pp. 11-12; P. G. MONATERI, *La sineddoche. Formula e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1985, p. 409 e ss.; R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, nota a Cass. 10 maggio 1965, n. 879, in Foro it., 1966, I, c. 1386-1388; ID., *Gli effetti reali e l'atto di esecuzione*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco, Torino, 3ª ed., 2004, t. I, pp. 878-907; G. STOLFI, *Appunti sul cd. principio consensualistico*, in Riv. dir. comm., 1977, I, p. 4 ss.) che il principio del consenso traslativo, sancito per la prima volta nel code Napoléon del 1804 (artt. 711, 1136, 1138, 1582, 1583), recepito nel codice civile italiano del 1865 (artt. 1125, 1447 e 1448) e riaffermato, nella versione pura, nel codice civile vigente (art. 1376), sia debitore, quanto alla sua emersione, del diritto naturale, che ha fornito il substrato ideologico, e del droit coutumier francese, che ha apprestato quello materiale. Con il giusnaturalismo, incarnazione del credo della società borghese nel processo titanico di erosione della società feudale che l'aveva generata, l'individuo e la sua volontà hanno riacquisito un ruolo centrale nella

d'altro canto, superata a causa del ridimensionamento nel vigente Stato di diritto della componente individualistica a vantaggio di quella sociale della proprietà⁴⁰, si è sostituita quella, ugualmente di ordine pubblico, di tutela dei terzi e di garanzia di certezza e stabilità delle relazioni che interessano l'intera compagine sociale⁴¹. E muovendo da tale nuova

esperienza socio-economica, politica e giuridica. Il potere del consenso di operare il trasferimento del diritto non è che uno dei dogmi di questa fede. La necessità di subordinare gli effetti del trasferimento all'atto materiale della consegna, come accadeva in diritto romano, era ritenuta da molti un'idea primitiva a fronte della razionalità della soluzione giusnaturalistica. È quanto esprime con chiarezza R. TROPLONG, *Della vendita. Commentario sul titolo VI, Libro III del codice civile*, trad. it. V. De Matteis, Napoli, 1854, p. 2 ss. che, descrivendo il sistema introdotto dal code civil, vi scorge un segno di innegabile progresso del diritto che "si spoglia delle forme materiali, inutili, e tende a vestire una forma più astratta". In questo stato di cose la volontà è meno dominata dalla tirannia delle solennità esterne; non è più necessario che si manifesti per mezzo di fatti visibili e con atti fisici in quanto trae la sua forza da sé e si fa rispettare solo perché proveniente da un uomo libero. Più rivoluzionario di quello politico fu, forse, l'esito, sul piano giuridico, del processo di riappropriazione da parte dell'individuo dei propri iura connata e di affermazione del dominio della volontà: condusse a proclamare che il consenso non solo obbliga ma dispone.

⁴⁰ Si rinvia a quanto esposto nel capitolo precedente in ordine alla vicenda concettuale del diritto soggettivo, il cui modello è stato sempre individuato nella proprietà. Conviene su tale considerazione anche M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, p. 425. Piuttosto, deve osservarsi come una parte della dottrina moderna, in linea di continuità con quella tradizionale sia pure muovendo dalla nuova prospettiva, collega il principio del numero chiuso dei diritti reali alla tutela della proprietà privata credendo di ravvisarne un fondamento positivo nel disposto dell'art. 42 Cost., nella parte in cui pone una "riserva di legge" nella determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti della proprietà, dalla quale si è inferito come ai privati sia pertanto inibito creare nuovi diritti reali che si traducono in limitazioni del diritto di proprietà, essendo tale funzione riservata al legislatore. In questo senso, A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 171 ss., che, peraltro, aggiunge siffatto argomento normativo a quello fondamentale, incentrato sull'art. 1372 c.c. (su cui, infra, nel testo); nonché, più di recente, E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, cit., p. 36 ss., il quale distingue nel contesto dell'art. 42 una riserva di legge, finalizzata a salvaguardare i valori primari della Costituzione, da una riserva di legalità, assolta da fonti interne (in primis l'art. 832 c.c.), anche regionali, e comunitarie, che delineano, invece, uno "statuto minimo dei rapporti reali" lasciando alle altre fonti ed alla autonomia privata uno spazio di operatività per la regolamentazione degli interessi patrimoniali agenti nel mercato, nei limiti del nucleo inderogabile di disciplina. Tale distinzione sarebbe strumentale secondo l'autore ad un duplice e diverso titolo del rapporto proprietario: una proprietà privata "garantita" per scopi esistenziali e una proprietà "riconosciuta" come espressione dell'iniziativa economica. Invero, a parte la artificiosità della distinzione da ultimo tracciata tra riserva di legge e di legalità, non ritengo di poter condividere i rilievi espressi dagli autori da ultimo citati circa la possibilità di rintracciare nell'art. 42 Cost. un fondamento autorevole del principio di tipicità in considerazione del fatto che la riserva di legge è una garanzia posta dalla fonte primaria alle limitazioni provenienti dall'Autorità pubblica e non è idonea a delimitare il rapporto tra legge e contratto, rispetto al quale vale la considerazione dell'impianto normativo ordinario e la sua articolazione in norme imperative e dispositive.

⁴¹ In tal senso, tra i primi giuristi italiani, già nella prima edizione della sua trattazione relativa all'usufrutto, G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., p. 140 ss.; F. FERRARA sr., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 365 e ID., *Concetto e tipi di diritti reali*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 418, il quale esclude che lo

impostazione si è creduto di poter ravvisare il fondamento tecnico della della incompetenza dell'autonomia contrattuale nella creazione di situazioni reali atipiche, nel disposto dell'articolo 1372 c.c. che riconosce al contratto forza di legge esclusivamente tra le parti e non nei confronti dei terzi (salve le previsioni di legge)⁴². L'aver rintracciato siffatta giustificazione di ordine positivo al principio in parola ha consentito altresì alla dottrina di delimitarne la sfera di operatività

Stato possa lasciare all'arbitrio dei privati queste forme di utilizzazione dei beni che interessano così intimamente la compagine sociale; L. BARASSI, *I diritti reali*, Milano, 1935, p. 46 ss. e ID., *Diritti reali e possesso*, cit., p. 51, ove si sottolinea come la realtà abbia effetti troppo gravi per i terzi, per l'economia fondiaria, per l'economia nazionale perché lo Stato ne tolleri la libera formazione; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 366 ss. Alcuni autori, pur muovendo dalla medesima prospettiva, hanno cercato di chiarire, specificare gli interessi dei terzi incisi da una eventuale alterazione delle strutture tipiche dei diritti reali: così, è stato sostenuto (N. COVIELLO, *Della trascrizione*, 2a ed. riv. da L. Coviello, in *Il dir. civ. it.* a cura di P. Fiore e B. Brugi, XIII, 2, Napoli-Torino, 1924, p. 243 ss. e 357 ss.) che tale principio salvaguarderebbe l'esigenza di conoscere i limiti e vincoli alla proprietà in funzione di sicurezza degli acquisti; o, ancora (C. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 967 ss., specie, 971 ss.) che, nella prospettiva di salvaguardia dei valori della economia nazionale, esso sarebbe a tutela di due specifiche categorie di terzi, i possibili acquirenti dal proprietario gravato, da un lato, che, di fronte a situazioni atipiche, possono essere dissuasi dalle maggiori difficoltà nel calcolare il valore del bene da acquistare e dall'intensificarsi dei conflitti di interessi con il titolare; nonché, i possibili creditori del medesimo dominus, dall'altro, ugualmente dissuasi dal concedere credito dalla difficoltà di valutare con esattezza il patrimonio a garanzia del credito (2740 c.c.). Per cogliere l'influenza esercitata dai nuovi modelli culturali dell'inizio del Novecento sulla formazione di una "tradizione" dottrinale nel senso della tipicità dei diritti reali, A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica*, cit., p. 585 ss. Per un recente quadro di sintesi delle posizioni dottrinarie maggiormente rappresentative del clima culturale di avversione verso l'introduzione di fattispecie atipiche di diritti reali, si rinvia, invece, a M. CICORIA, *Brevi note in tema di trust e tipicità dei diritti reali*, nota a Trib. Bologna, 30 settembre 2003, in *Gius. civ.*, 2004, I, p. 3191 ss., specie pp. 3193-3195.

⁴² In tal senso, M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, cit., p. 169 ss., il quale, invero, si riferisce alla norma dell'art. 1130 c.c. del previgente codice civile, avente un contenuto, sia pure espresso in termini meno pittoreschi (così F. FERRARA sr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940), corrispondente all'attuale art. 1372 c.c.: "il limite alla creazione, da parte dei privati, di diritti reali, oltre a quelli posti come tali dalla legge non può quindi ritrovarsi, posto che la natura reale di un rapporto si riflette... esclusivamente nella sfera dei terzi, che nelle norme che regolano l'efficacia del negozio rispetto ai terzi, e quindi soprattutto nell'art. 1130 c. c.". Nel medesimo senso, sia pure muovendo da un diverso modo di concepire l'assolutezza dei diritti reali, successivamente si sono espressi, M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 406 ss.; C. A. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 450; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 325 ss.; ID., *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 235 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 153 ss. specie 163 ss. Contestano invece la possibilità di rintracciare nell'art. 1372 c.c. il fondamento normativo del principio del numero chiuso dei diritti reali, C. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., pp. 967-968; ROMANO, *Diritto e obbligo*, op. cit., p. 68 ss.. Sul punto si ritornerà più avanti, nel testo.

distinguendo il principio del *numerus clausus* da quello della tipicità sulla base della considerazione che la "chiusura" del numero dei diritti reali è tale solo nei confronti della autonomia privata, cui è inibito ingerirsi nella sfera giuridica dei terzi, e non del legislatore, il quale rimane libero di discostarsi dai tipi tradizionali e dar vita a nuove figure; pertanto, poiché l'uno (il principio della tipicità) è indipendente dall'altro (principio del numero chiuso), pur negando il primo, è possibile affermare l'esistenza del secondo⁴³.

In una direzione completamente opposta rispetto a quella testé enunciata, la distinzione tra numero chiuso e tipicità dei diritti reali è servita alla dottrina successiva per ritagliare anche alla autonomia privata uno spazio di operatività nell'ambito delle situazioni a struttura reale e per sostenere che si pongono su piani diversi il profilo della esclusività della fonte ordinamentale nella creazione di nuove figure di diritti reali rispetto a quello della determinazione del contenuto dei diritti reali tipici⁴⁴: infatti, escluso che l'autonomia privata possa in qualche modo costituire tipi diversi di diritti reali, tuttavia, resta ad essa la possibilità di integrare o derogare la disciplina del tipo operata dal legislatore nel rispetto del nucleo fondamentale inderogabile, attraverso la regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto, nei termini che si è già avuto modo di chiarire in precedenza.

Invero, mi sembra che nell'approccio al problema della individuazione di una sfera di competenza ordinamentale esclusiva nella creazione di nuovi tipi di diritti reali, la dottrina tradizionale sia stata deviata nel suo ragionamento da un fondamentale equivoco circa il modo di concepire il problema dei rapporti tra autonomia contrattuale e suoi effetti e, quel che è peggio, sembra che nello stesso pregiudizio

⁴³ Così M. GIORGIANNI, op. ult. cit., p. 170; nonché G. PUGLIESE, voce Diritti reali, cit., p. 775. Il ragionamento esposto nel testo è servito a Michele Giorgianni per affermare la natura reale delle obbligazioni *propter rem* e degli oneri reali – tuttavia, la circostanza che l'autore, successivamente, nel redigere la voce Diritti reali non sia ritornato sul principio del numero chiuso ma, anzi, abbia riconosciuto la possibilità dell'autonomia privata di dar vita a obbligazioni *propter rem* opponibili attraverso lo strumento della trascrizione (si veda, sul punto, il capitolo precedente, § 7, nota 142) ha indotto taluno (F. ROMANO, Diritto e obbligo, op. cit., p. 67, nt. 94, a dubitare che l'autore abbia mantenuto la sua originaria posizione – nonché a C. CATTANEO, Riserva della proprietà e aspettativa reale, cit., p. 974 ss., per affermare analogamente la natura reale atipica della aspettativa nascente in favore del compratore dalla vendita con riserva della proprietà. Per un ampio catalogo di tutte le altre fattispecie di diritti reali nuovi ma tipici, in quanto creati dal legislatore nell'esercizio della sua potestà ordinante, G. IACCARINO, Diritti reali "atipici", in Riv. not., 1993, p. 101 ss.

⁴⁴ In tal senso, F. ROMANO, op. ult. cit., p. 73; M. COMPORTI, Contributo, cit., p. 293 ss.; A. NATUCCI, La tipicità, op. cit., p. P. VITUCCI, Autonomia privata e costituzione di servitù, cit., p. 868 ss.; D. MESSINETTI, Oggettività giuridica delle cose incorporali, cit., p. 128 ss.; S. SANGIORGI, Regolamento contrattuale e diritti reali, cit., p. 15 ss.; ID., Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto, Napoli, 1983, p. 14 ss., i quali concordano tutti sulla stretta interdipendenza tra i due principi giacché la presenza, nella disciplina normativa del tipo, di un nucleo fondamentale inderogabile rappresenta la ragione tecnica della impossibilità per i privati di dar vita a situazioni reali nuove.

concettuale sia incorso anche chi, per converso, ha cercato di dimostrare l'infondatezza del riferimento all'art. 1372 c.c.⁴⁵ in termini di giustificazione tecnica del principio del numero chiuso dei diritti reali. L'idea unanimemente condivisa è quella per cui il contratto, come espressione dell'autonomia riconosciuta ai privati di regolare i propri interessi, si deve tradurre in effetti giuridicamente vincolanti ed incidenti nella sola sfera giuridica dei titolari degli interessi medesimi⁴⁶ ed "il principio di relatività è così radicato che, all'ombra dell'idea di autoregolamento, si confonde ormai con un dogma"⁴⁷. Una simile convinzione, che in paradossale connubio con un trascurato approfondimento dei concetti di efficacia del contratto, opponibilità del titolo ed inerenza delle situazioni giuridiche a struttura reale⁴⁸, ha condotto alcuni a valorizzare la norma dell'art. 1372 c.c. per giustificare la chiusura all'autonomia privata del campo dei diritti reali, d'altro canto, non ha permesso a quanti hanno raggiunto una simile consapevolezza⁴⁹ di rintracciare il vero fondamento normativo, esprimente l'unica ragione tecnica della inidoneità del contratto a creare figure di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Da tempo, infatti, la dottrina più attenta ha dimostrato come non vi sia una biunivoca ed ineluttabile corrispondenza tra autoregolamento di interessi ed efficacia inter partes del medesimo⁵⁰ e ha fatto emergere

⁴⁵ Si vedano gli autori citati alla successiva nota 49.

⁴⁶ È impossibile passare in rassegna tutta la dottrina che ha condiviso o condivide una simile convinzione e pertanto mi limito qui a richiamare l'opinione di uno dei massimi studiosi del negozio giuridico e, precisamente, G. B. FERRI, voce Parte del negozio giuridico (I. Parte), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 910, il quale sottolinea come "gli effetti tra le parti sono un portato logico e naturale dell'essere il negozio un regolamento di interessi" e, per il resto, faccio rinvio alla dottrina che si è occupata ex professo del principio di relatività del contratto o, in termini più icastici, di intangibilità delle sfere giuridiche individuali, cercando di aprire in esso delle brecce: G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 197 ss. nonché C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 68 ss.

⁴⁷ Così, incisivamente, G. BENEDETTI, op. ult. cit., p. 205.

⁴⁸ I concetti esposti nel testo sono stati approfonditi nel precedente capitolo, per cui si rinvia a quanto in quella sede si è avuto modo di chiarire. Con particolare riguardo alla distinzione tra effetti diretti ed effetti riflessi del contratto e del negozio giuridico in genere, si rinvia a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrina generali*, cit., p. 238 ss.; nonché a C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 73 ss.

⁴⁹ Il riferimento è a quanti, in forza di tale consapevolezza circa la distinzione tra "efficacia diretta" ed "indiretta", hanno destituito di fondamento il tentativo di ravvisare la giustificazione tecnica della regola della tipicità dei diritti reali nell'art. 1372 c.c. e, precisamente, G. CATTANEO, *Riserva della proprietà*, cit., p. 968; F. ROMANO, *Diritto ed obbligo*, cit., p. 68 ss.; M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 294, nt. 44; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., p. 432.; M. PETRONE, *Multiproprietà, individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici. Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica*, Milano, 1985, p. 32 ss.

⁵⁰ Sul punto, come si è già anticipato, G. BENEDETTI, op. ult. cit., passim; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, e ora ID., *Il contratto a favore di terzi* (Artt. 1411-1413), in *Cod. civ. Comm.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1997, passim; e C. DONISI, op. ult. cit., passim, i quali, seguendo, tuttavia, impostazioni alquanto diverse tra loro, sono giunti tutti al medesimo risultato, quello, cioè, di

la necessità di espungere dai criteri identificativi dell'essenza del contratto e del negozio giuridico in genere il profilo della efficacia di guisa che l'unico connotato qualificante del fenomeno negoziale, come si è già avuto modo di rilevare, va ravvisato nel suo essere strumento di "autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati (c. m.)"⁵¹. Si tratta di una conclusione che trova conferma nei risultati raggiunti nei più attenti studi sul contratto, ove è stato sottolineato come delle due componenti in cui si articola ogni esplicazione di autonomia privata, in diadica oscillazione tra il suo essere valore ordinante e fatto ordinato, quella valutativa ne rappresenta il midollo, la sostanza⁵². In questa prospettiva, la stessa essenza del contratto va ravvisata nella circostanza che il regolamento di interessi di natura patrimoniale, in cui si esprime il suo profilo di "valore", sia ascrivibile nella sua fase creativa, a due parti, essendo irrilevante sia il numero dei soggetti che intervengono nell'iter formativo della fattispecie contrattuale⁵³ sia il

operare una revisione del tradizionale principio di intangibilità della sfera giuridica individuale. A tale conclusione si è pervenuti mettendo in rilievo, opportunamente, come esistano molteplici indici normativi, tra cui l'art. 649, comma 2 (in tema di acquisto del legato), l'art. 785, comma 1, (in tema di donazione obnuziale), l'art. 1236 (in tema di remissione del debito) e, principalmente, l'art. 1411 (in tema di stipulazione a favore di terzo), che dimostrano inequivocabilmente come il nostro sistema legislativo consente di produrre unilateralmente effetti giuridici, siano essi obbligatori o reali, nella sfera giuridica di un terzo, che vede sufficientemente tutelata l'integrità di tale sfera grazie al riconoscimento di un potere di rifiuto. Constatato, dunque, che il legislatore non inibisce la modifica della sfera dei singoli, pur in mancanza della loro volontà, ma autorizza a considerare tale evenienza non già come un'ipotesi ammessa dalla legge in via eccezionale, bensì come "una conseguenza fisiologica della sua attuale portata", appare ben congruo discorrere in materia, non di principio della "intangibilità" o "inalterabilità" delle sfere individuali, ma di principio della protezione, della difesa delle stesse, inteso come "principio della "intangibilità" in via diretta della sfera giuridica del terzo (o del singolo), in difetto del suo assenso, salvo che si tratti di un'alterazione (giuridicamente) del tutto favorevole al medesimo" (così, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 135). D'altro canto, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 238 ss., arriva a dimostrare come la norma dell'art. 1333 c.c., a dispetto della terminologia utilizzata, non regola un procedimento contrattuale ma, piuttosto, racchiude il modello tipologico strutturale della categoria del negozio unilaterale soggetto a rifiuto come atto unilaterale con struttura a rilievo bilaterale (ma sul punto, si vedano le diverse conclusioni di C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 72 ss. nonché di R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10, II, Torino, 2ª ed., 2001, p. 25 ss.)

⁵¹ È questa una delle più compiute definizioni del negozio giuridico, dovuta, non a caso, a colui (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 46) che ha rivoluzionato il modo di intendere il negozio giuridico rispetto alle tradizionali classificazioni della Pandettistica; una definizione che, a mio avviso, presagisce ai più moderni risultati sul tema del dissidio tra componente fattuale e valutativa del negozio medesimo. Sul punto, più avanti nel testo.

⁵² In tal senso C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 58 ss., ove ulteriore bibliografia sul tema.

⁵³ Attraverso le considerazioni espone nel testo C. DONISI, op. ult. cit., p. 71 ss., riesce a dimostrare la natura contrattuale di fattispecie a formazione unilaterale, quali, il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 c.c.) e il contratto

numero delle sfere giuridiche coinvolte dalla attuazione del regolamento di interessi, ossia dall'efficacia dell'atto. Del resto, la circostanza che anche nei negozi unilaterali (tipici od atipici che essi siano) è possibile che la realizzazione del disposto regolamento di interessi incida o influisca (anche in via diretta) sull'altrui sfera giuridica, dimostra appunto che la loro distinzione rispetto alle figure negoziali bi o plurilaterali va operata avendo riguardo non già al profilo effettuale bensì a quello regolamentare: infatti, mentre con il contratto si attua una composizione di almeno due distinti centri di interessi, in vista della realizzazione di uno scopo unitario, "sì da involgere il conferimento alle parti di un identico potere determinante ai fini della formazione del negozio", gli interessi sottesi ai negozi unilaterali, nonché la rappresentazione della funzione dei medesimi appartengono esclusivamente all'autore del negozio⁵⁴. Una simile conclusione, lungi dall'essere il frutto di una concettualizzazione astrattizzante priva di ogni radice nel sistema positivo, trova invece in esso numerose conferme. Eclatante in tal senso è la disciplina della rappresentanza, che (art. 1389 c.c.) richiede nel rappresentato non semplicemente la capacità giuridica, che sarebbe sufficiente ove questi fosse semplice destinatario degli effetti del contratto concluso dal rappresentante, bensì la capacità di agire, che dimostra che il rappresentato assume il più pregnante ruolo di parte del regolamento di interessi. Mi sembra, del resto, che la stessa disciplina della stipulazione a favore di terzo contenga un dato significativo in questo senso nella parte in cui richiede, ai fini della validità della medesima, la ricorrenza di un interesse dello stipulante (art. 1411 c. c.)⁵⁵, con ciò dimostrando che la

con se stesso (art. 1395 c.c.), che hanno tormentato e continuano a tormentare la dottrina per il loro profilo strutturale, sottolineando come l'accordo sia solo uno (sicuramente il normale, il generale) dei criteri di riferimento del disposto regolamento di interessi ad almeno due parti, a cui si aggiungono quelli previsti dalle norme citate. Non è possibile dar conto qui di tutte le teorie sostenute con riguardo al profilo strutturale della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. e pertanto si rinvia, per un'ampia rassegna dottrinale, a F. REALMONTE, *La formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in Tratt. dir. priv. diretto da M. Bessone, XIII, t. II, Torino, 2000, p. 133 ss.; nonché, con riguardo al problema della applicabilità dell'art. 1333 c.c. ai contratti ad effetti reali, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in Riv. dir. civ., 1989, II, p. 525 ss.

⁵⁴ Così già C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 152.

⁵⁵ Sulla funzione dell'interesse dello stipulante nella figura in parola, si rinvia agli studi condotti ex professo sull'argomento: U. MAIELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, passim; nonché L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, op. cit. Per una ampia e aggiornata bibliografia sulla stipulazione a favore di terzo, in generale, si rinvia a R. SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. II, p. 209 ss. Invero, ad avviso di chi scrive, l'interesse del terzo non ha un rilievo giuridico autonomo ma va ad integrare il regolamento di interessi sotteso al contratto tra promittente e stipulante costituendo semplicemente la giustificazione, il titolo della imputazione soggettiva al terzo dell'effetto che da quello deriva come dimostra il fatto che il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto. In tal senso, U. LA PORTA, *La causa del trasferimento dei diritti*, cit., p. 138 ss.

deviazione dell'effetto vantaggioso nella sfera giuridica del terzo trova la sua giustificazione esclusivamente nella regolamentazione di un interesse dello stipulante, alla quale il terzo rimane estraneo come rimane estraneo alla regolamentazione di interessi che ha giustificato il sorgere dell'effetto medesimo, pur essendo destinatario dell'effetto vantaggioso. Infine, è soprattutto nella norma dell'art. 1321 c.c., a torto trascurata rispetto alla disposizione dell'art. 1372 c.c., che viene in rilievo l'essenza del contratto come strumento di composizione e regolamento di interessi in conflitto nel momento in cui di esso si evidenzia l'attitudine a costituire, regolare od estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale. Ove, infatti, si emancipi la nozione di rapporto giuridico dalla visione ontologica e antropomorfa, dovuta alla elaborazione pandettistica, e lo si intenda correttamente in termini di relazione di reciproca funzionalità che lega tra loro due o più situazioni giuridiche aventi in comune un'identica base di fatto, un'identica relazione di interesse rispetto ad un bene⁵⁶, si riesce a cogliere il ruolo del contratto come regolamento degli interessi sottesi a tali situazioni in funzione non solo di costituzione, di estinzione ma anche di regolamentazione della divisata relazione funzionale tra situazioni giuridiche⁵⁷. In linea con quanto testé osservato, è stato acutamente posto in rilievo che "il rapporto, dal punto di vista strutturale nel nostro ordinamento è relazione tra una situazione giuridica soggettiva ed una contrapposta situazione giuridica soggettiva" ma è sotto, il profilo funzionale, regolamento di interessi, è cioè disciplina dettata dalla legge o dall'autonomia privata per dirimere i conflitti di interessi⁵⁸.

Dunque, alla luce di quanto rilevato in ordine all'essenza del contratto come strumento di regolamentazione di interessi nei rapporti reciproci, di composizione degli interessi in conflitto, appare chiaro come esso abbia modo di esplicare la sua funzione in relazione alla programmazione del contenuto e giammai alla fissazione del profilo formale delle figure di qualificazione giacché, come si è avuto più volte occasione di osservare, l'interferenza, come corrispondenza o

⁵⁶ Per l'accoglimento di siffatta nozione di rapporto giuridico, si rinvia a quanto detto nel precedente capitolo.

⁵⁷ Meritano di essere richiamate, sul punto, le acute considerazioni espresse, in esordio alla sua trattazione da E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 1, secondo il quale "la confluenza di un complesso di interessi intorno ad un punto di riferimento comporta la regolamentazione dei rapporti tra essi e dell'esercizio delle posizioni soggettive attive che ne costituiscono l'espressione dinamica. A seconda della rilevanza che l'ordinamento giuridico attribuisce a tali interessi ed ai conflitti cui possono dar luogo, la regolamentazione cennata si presenta in una vasta gamma di atteggiamenti". Sul tema della regolamentazione privata si tornerà in termini più ampi, in seguito, chiarendone l'ambito e la tipologia di effetti.

⁵⁸ In tal senso, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., p. 97, il quale, sempre in linea con quanto si avrà modo di sottolineare nel testo, continua osservando che proprio la distinzione tra il profilo della struttura e quello della funzione del rapporto consente di considerare talune vicende modificative del rapporto, ma non della struttura e dell'identità di esso, come modificative più precisamente, soltanto del regolamento, della sua disciplina.

coincidenza tra due o più attività giuridicamente qualificate dall'interesse dimostrato in ordine ad un medesimo bene, inerisce all'elemento materiale, al contenuto, appunto, delle figure di qualificazione⁵⁹. In altri termini, a me sembra che sussista una inidoneità tecnica del contratto, per la sua intima essenza di valore, a fissare le forme o fattispecie di potere, ad operare cioè la qualificazione formale delle situazioni di interesse, e che piuttosto il suo ambito elettivo di operatività debba essere ravvisato, appunto, in relazione all'elemento valutativo, relazionale, materiale delle figure di qualificazione, e quindi, nella disciplina della relazione tra situazioni di interesse, concernenti il medesimo bene. Regola tecnica e non principio di ordine pubblico, dunque, alla base della chiusura dell'autonomia privata rispetto alla creazione di nuovi tipi di diritti reali, una chiusura, che come si è avuto modo di cogliere dalle precedenti riflessioni, a mio avviso – ed in ciò ribadisco le conclusioni di una precedente autorevole dottrina⁶⁰ – concerne la fissazione della struttura tipologica (forma o fattispecie, che dir si voglia) di tutte le situazioni giuridiche soggettive, compresi i diritti di credito. Ancora una volta, infatti, alla base della convinzione tradizionale secondo cui al *numerus clausus* dei diritti reali si contrapporrebbe il numero aperto delle situazioni giuridiche obbligatorie vi è un grossolano fraintendimento del modo di essere dei "tipi" di diritti soggettivi rispetto al contenuto dei medesimi: il tipo del diritto di credito è fissato dal legislatore invariabilmente nella pretesa a conseguire il bene che soddisfa l'interesse del titolare per il tramite del comportamento di altri mentre ciò che varia è il contenuto del medesimo, in dipendenza ed in funzione del contenuto dell'obbligo: risulta confermato, in tal modo, che il contenuto di ogni situazione giuridica è racchiuso nel modo di atteggiarsi della relazione funzionale tra contrapposti interessi che si appuntano intorno ad un medesimo bene.

⁵⁹ Si tratta dei rilievi di A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione*, cit., pp. 407-408.

⁶⁰ Il riferimento è a G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 242 ss., la cui opinione è stata, di recente, condivisa anche da U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 69-70 nonché p. 151, nt. 324, il quale – invero, mutando il proprio originario pensiero nel senso del superamento della tipicità dei diritti reali (ID., *Destinazione dei beni allo scopo*, Napoli, 1994, p. 98) – concorda con il primo sul fatto che un problema di tipicità della struttura delle situazioni soggettive, sebbene posto storicamente soprattutto dalla dottrina tedesca in riferimento al *Sachenrecht*, deve più correttamente essere riferito a tutte le situazioni soggettive rilevanti, compreso il credito in quanto esprime una questione di forme di tutela giuridica dell'interesse. Tali autori, invero, non chiariscono le ragioni di tale estensione dando ad intendere, tuttavia, che sia pur sempre un principio di ordine pubblico quello per cui le forme di tutela dei diritti soggettivi spettino esclusivamente all'ordinamento mentre, come si è avuto modo di dimostrare sopra, si tratta di una conseguenza ricollegabile ad una inidoneità tecnica dell'autonomia contrattuale a fissare le forme dei poteri.

5. – Le conclusioni raggiunte in ordine all'ambito di competenza dell'autonomia contrattuale in materia di situazioni giuridiche soggettive, consentono di affermare, ormai senza dubbi, che nel campo dei diritti reali, il contratto può esplicare la propria funzione non già nella creazione di nuovi moduli di utilizzazione di beni giuridicamente rilevanti bensì, oltre che nella programmazione della vicenda costitutiva o traslativa del diritto, in funzione di mutamento dell'assetto di interessi preesistente rispetto alle posizioni di utilizzazione di certi beni, anche e principalmente nella disciplina del contenuto del diritto, ovvero nella programmazione dell'attività di utilizzazione del bene conforme al modulo tipico del diritto costituito o trasferito. In questo modo si riesce a dare un significato pregnante e concretamente rilevante al disposto dell'art. 1321 c.c. che individua una delle principali funzioni del contratto nella "regolamentazione" di un rapporto giuridico patrimoniale, che qui si esprime in termini di composizione degli interessi in conflitto in ordine alla utilizzazione di un certo bene, interessi che si appuntano nella relazione di reciproca funzionalità intercorrente tra il diritto reale "limitante" ed il diritto reale "limitato".

Prima di procedere alla individuazione degli strumenti, delle modalità tecniche di cui l'autonomia privata può avvalersi ai fini della prefata programmazione del contenuto del diritto reale, sembra opportuno sgombrare il campo da un ulteriore fraintendimento generato dal modo di concepire il tipo di diritto reale, sulla scorta del tipo contrattuale, come schema legislativo, articolantesi in elementi essenziali e naturali, un fraintendimento che ha portato la dottrina, che si è occupata del tema del regolamento contrattuale dei diritti reali, a svilire notevolmente il ruolo dell'autonomia privata. Infatti, una volta che si ritenga, come fa la dottrina richiamata, che nell'ambito del contenuto delle situazioni a carattere reale, al nucleo fondamentale ed esistenziale composto di situazioni semplici di vantaggio e di svantaggio, accordate dall'ordinamento al titolare per la tutela dei principali interessi di volta in volta in evidenza, che attengono alla configurazione strutturale tipica, si affianchino delle altre situazioni semplici di vantaggio e di svantaggio "che non caratterizzano la conformazione essenziale e tipica della figura e che, soprattutto negli iura in re aliena, costituiscono per lo più regole di esercizio, che possono essere liberamente create, modificate od eliminate dall'autonomia privata (c. m.)"⁶¹, risulterà chiaro che il regolamento,

⁶¹ In tal senso, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 242 ss., il quale, invero, si è limitato a sviluppare e perfezionare l'ipotesi ricostruttiva adottata da F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., p. 119 ss. nonché p. 220 ss. Costui, come si è già avuto modo di chiarire (supra, nel precedente capitolo, § 5), si è infatti preoccupato di differenziare nell'ambito della categoria delle obbligazioni propter rem, che la dottrina tradizionale avrebbe utilizzato come vaso di Pandora dal contenuto indistinto, quelle situazioni di dovere assoluto che concorrono alla strutturazione del diritto reale e che costituiscono materia riservata all'ordinamento dalle altre obbligazioni costituenti regole per l'esercizio, liberamente disciplinabili dall'autonomia privata e sottoposte alla disciplina generale in tema di obbligazioni (così, pure, P.

secondo autonomia, del diritto reale si atteggi, in questa prospettiva, esclusivamente come regolamento delle modalità di esercizio del diritto. Del resto, poi, nell'ulteriore presupposto che il "momento dell'esercizio del diritto, ove si esprima in termini relazionali ed intersoggettivi, va ricondotto al fenomeno obbligatorio"⁶², si giustifica la conclusione che l'obbligazione costituisca l'essenziale modalità tecnica a disposizione dell'autonomia privata ai fini della relativa programmazione.

Ebbene, a me sembra che nessun argomento di carattere normativo, sistematico o dogmatico induca ritenere che il contenuto del diritto reale, costituente come, si è già rilevato, il campo elettivo di operatività dell'autonomia privata, si esaurisca esclusivamente nelle modalità di esercizio del diritto medesimo ed, anzi, che molteplici siano gli argomenti che depongono in senso contrario legittimando a ritenere che il ruolo dell'autonomia contrattuale non possa essere apprezzato solo con riguardo all'ambito ristretto dell'esercizio ma, piuttosto e principalmente nella programmazione del contenuto stesso del diritto reale nei limiti del tipo o modulo di utilizzazione fissato dal legislatore. È innanzitutto, il buon senso dell'uomo comune, che deve assistere anche il giurista nello svolgimento della sua attività ricostruttiva degli istituti, a persuadere in ordine alla necessità di mantenere distinto il regolamento del contenuto dal regolamento dell'esercizio di un diritto soggettivo giacché mentre, nel linguaggio comune, l'uno – il contenuto – designa, intuitivamente, ciò che si trova dentro qualcosa e quindi l'attività giuridicamente rilevante che individua il diritto soggettivo, l'altro – l'esercizio – denota l'uso o pratica di qualcosa e, dunque, il modo in cui si esplica tale attività, il suo fenomenico estrinsecarsi, manifestarsi. D'altro canto, la dottrina che si è occupata del tema dell'esercizio del diritto, ha avuto modo di precisare che questo "costituisce il contributo che il soggetto dà costantemente alla vita concreta ed all'incremento

RESCIGNO, Proprietà, diritto reale e credito, cit., p. 480). Tale orientamento è stato altresì recepito da S. SANGIORGI, Regolamento contrattuale e diritti reali, cit., p. 11 ss.; 49 ss., il quale concepisce la situazione reale come espressione del carattere esclusivo della competenza legale a determinare le forme di godimento dei beni, integrata da altre fonti, per la determinazione delle modalità di esercizio e per la specificazione in concreto dell'interesse tutelato. In senso contrario, A. NATUCCI, La tipicità dei diritti reali, cit., p. 236, il quale, come si è accennato (in questo capitolo, § 1), considera fuorviante l'etichetta "modalità di esercizio" ritenendo preferibile distinguere tra determinazioni del contenuto essenziali e determinazioni del contenuto rimesse all'autonomia privata, nel presupposto, tuttavia, che le modalità di esercizio non sia altro che modalità del contenuto (in tal senso, chiaramente, ID., Le servitù, cit., p. 121, nota 38).

⁶² Così, ancora, M. COMPORTI, op. ult. cit., p. 249, il quale ritiene che le regole di esercizio possano essere considerate attraverso lo schema del rapporto fra potere e facoltà, da un lato, ed obbligo dall'altro, come sarebbe dimostrato dal fatto che lo stesso legislatore affida allo strumento dell'obbligo la regolamentazione dei rapporti tra i soggetti interessati alla utilizzazione di un certo bene (il riferimento è alla disciplina dei miglioramenti e delle addizioni nell'ambito dell'usufrutto e dell'enfiteusi; alla disciplina delle garanzie e cautele, degli oneri di amministrazione e manutenzione imposte all'usufruttuario, etc.).

dell'esperienza giuridica", designa il momento dinamico dell'effettivo proiettarsi del soggetto nel mondo dell'azione giuridica in contrapposizione rispetto al programma, al progetto di una certa attività giuridica⁶³. È pur vero che esso concorre a delimitare lo stesso concetto di diritto soggettivo ma non già incidendo sul suo contenuto quanto piuttosto nella traduzione del programma in cui il contenuto si esprime in attuazione concreta, traducendo l'actio in actum: l'esercizio del diritto consiste nel porre in essere "atti materiali (il cui evento sia cioè una modificazione materiale della realtà) o giuridici (il cui evento sia cioè una modificazione ideale), che costituiscono attuazione del contenuto potenziale delle singole facoltà spettanti al titolare"⁶⁴. Sulla base di questi chiarimenti, risulta assai agevole comprendere come il regolamento dell'esercizio di un diritto concerna esclusivamente l'individuazione delle modalità attraverso le quali il contenuto diventa atto, si esplica l'attività costituente il contenuto della situazione giuridica, lasciando impregiudicata invece la questione relativa alla individuazione di siffatta attività, rimessa al legislatore od all'autonomia contrattuale e costituente il contenuto dello specifico potere di agire che identifica il singolo tipo di diritto soggettivo.

La necessità di distinguere il contenuto dall'esercizio del diritto e, dunque, la programmazione del contenuto rispetto alla regolamentazione delle modalità dell'esercizio del diritto medesimo emerge con particolare evidenza nel settore delle obbligazioni. Ed infatti, mentre il contenuto del diritto di credito, come si è già avuto modo di affermare, varia in relazione ed in funzione del contenuto dell'obbligo, della prestazione dovuta⁶⁵ di guisa che la determinazione del contenuto del credito si attua attraverso l'individuazione del tipo di comportamento, prestazione dovuta – che cosa si può pretendere ed in che limiti, per poter conseguire il bene che soddisfa l'interesse del creditore – l'esercizio del credito si esprime sia nelle modalità di utilizzazione cd. diretta del credito⁶⁶, in cui si esplica la pretesa, e più precisamente in relazione ai due aspetti nei quali tale esplicazione principalmente si concreta e cioè la richiesta di adempimento della prestazione ed il ricevimento della prestazione medesima⁶⁷ sia, d'altro

⁶³ In tal senso, principalmente, V. FROSINI, voce Diritto soggettivo, in Noviss. Dig. It, V, Torino, 1960, p. 1047 ss; ID., voce Esercizio del diritto, in Noviss. Dig. It, VI, Torino, 1960, p. 823 ss; nonché ID., La struttura del diritto, Milano, 1962, p. 14 ss.; e S. PUGLIATTI, voce Esercizio del diritto (dir. priv.), in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 623 ss.

⁶⁴ Si tratta della definizione che si può leggere in R. CICALA, L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui, p. 148, nt. 144.

⁶⁵ Fermo restando, lo si ripete, che il tipo di diritto di credito è fissato dal legislatore invariabilmente nella pretesa a conseguire il bene che soddisfa l'interesse del titolare per il tramite del comportamento di altri.

⁶⁶ La terminologia è tratta da R. CICALA, op. ult. cit., p. 157 ss.

⁶⁷ Si leggano sul punto le ampie pagine di U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Tratt. dir. civ. comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, cit., p. 76 ss., il quale si sofferma a lungo sul "come" del comportamento del creditore.

canto, in quelle modalità di utilizzazione cd. indiretta, attraverso le quali il creditore sfrutta il valore di scambio del suo credito per ottenere un aliud⁶⁸: la regolamentazione dell'esercizio del credito è, pertanto, regolamentazione della forma, del tempo e del luogo della richiesta della prestazione nonché delle modalità di ricevimento della medesima. Essa, come si è già rilevato in linea generale, risponde all'esigenza di un costante e perfetto adeguamento della fase esecutiva al progetto o programma di azioni costituente il contenuto del diritto di credito; in altri termini, ha la funzione di garantire che la programmazione del contenuto del diritto non sia tradita in sede di attuazione: "l'atto di adempimento del debitore, infatti, non può essere isolato e valutato in sé e per sé, senza tener conto di tutta una serie di comportamenti accessori [del creditore], senza i quali esso non sarebbe neppure possibile, o senza i quali non sarebbe esatto"; né l'atto di ricezione dell'adempimento può essere considerato senza la valutazione di tutta una serie di comportamenti accessori, il cui mancato compimento impedisce o rende difficile l'adempimento stesso⁶⁹. Dunque, mentre in

⁶⁸ Il diritto di credito, alla stregua di ogni altro diritto patrimoniale, come si è già avuto modo di sottolineare nel precedente capitolo, comprende accanto al potere che serve a realizzare l'interesse specifico, cioè l'interesse al bene dovuto, altresì un potere che serve a far realizzare un interesse diverso da quello specifico che ha per oggetto l'utilità indiretta del bene, costituita dal conseguimento di un altro bene equivalente al bene dovuto. Il merito di R. CICALA, op. e loc. ult. cit., sta nell'aver collocato, nel contenuto del diritto soggettivo, accanto alla facoltà di disposizione traslativa, che si esercita vendendo o permutando il credito, una facoltà di disposizione novativa in senso ampio, che si esercita novando, appunto, ricevendo una prestazione in luogo di adempimento, compensando convenzionalmente, concludendo un'espromissione liberatoria, accettando l'adempimento di un terzo, e che, sotto il profilo dell'interesse soddisfatto, va parificata alla facoltà di disposizione traslativa giacché entrambe consentono di utilizzare indirettamente il bene dovuto, nel suo valore di scambio, e realizzare un interesse diverso da quello specifico ma pur sempre interno al credito. Sempre ad avviso di R. CICALA, op. ult. cit., p. 160, da tali facoltà andrebbe distinto il potere di disposizione rinunziativa che presuppone invece "l'inutilità (c.a.) per il creditore dell'oggetto della prestazione" e, quindi, importa la realizzazione di un interesse esterno al diritto. Per un'applicazione pratica di tali risultati, si veda lo stesso R. CICALA, *Espromissione*, Napoli, 2ª ed., 1995, pp 22-23, il quale, dopo aver ricondotto la conclusione, da parte del creditore, del contratto di espromissione liberatoria nell'ambito dell'esercizio della facoltà di disposizione novativa del credito e giammai rinunziativa, conclude nel senso che al debitore non spetta quel potere di reazione che l'art. 1236 gli attribuisce nell'ipotesi di remissione del debito. Più di recente, B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto* (Profili generali), cit., p. 50 ss., ha ravvisato una fattispecie di disposizione novativa del credito nella risoluzione del contratto per inadempimento, facendone derivare la natura satisfattiva e non sanzionatoria, con rilevanti conseguenze sia in ordine alla natura di debito di valuta degli obblighi restitutori sia in ordine all'ammontare del danno risarcibile.

⁶⁹ In tal senso, acutamente, G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore* (dir. civile), cit., p. 953, il quale, muovendosi lungo la medesima linea di pensiero da me seguita nel testo, avverte la necessità di distinguere, nell'ambito del rapporto obbligatorio, da quei comportamenti, in cui è racchiusa la situazione primaria o principale del rapporto medesimo, caratterizzata dalla relazione funzionale tra credito e debito e diretta alla realizzazione del primo attraverso l'adempimento del secondo, e rientranti nel

sede di programmazione del contenuto del diritto di credito vengono determinate le attività fondamentali in cui si articola la relazione di reciproca funzionalità tra credito e debito, nella regolamentazione dell'esercizio del diritto di credito, vengono individuate attività secondarie ed accessorie, strumentali rispetto alle prime e idonee a mantenere il collegamento programmato anche in fase di attuazione, attraverso gli strumenti ed i meccanismi – ivi compresa la previsione di specifici obblighi a carico del creditore – determinati dalla legge ovvero dalla autonomia contrattuale. La distinzione qui tracciata, tra contenuto del diritto e sua programmazione, da un lato, ed esercizio del diritto medesimo, e suo regolamento, assume una importanza fondamentale non solo ai fini della individuazione dei limiti che incontra l'autonomia privata nei due diversi ambiti ma anche in relazione ai rimedi apprestati dall'ordinamento di fronte, rispettivamente, ad attività del creditore non corrispondenti al contenuto del diritto programmato ovvero ad attività inidonee ad esprimere quella cooperazione funzionale in sede di attuazione. Infatti, mentre nel primo caso l'attività del creditore non conforme al contenuto programmato, viene "sanzionata" in termini di irrilevanza giuridica, inidoneità a configurare lo specifico potere attribuito con quel tipo di diritto di credito e quindi di inidoneità a sollecitare l'attivazione della tutela ad esso accordata⁷⁰, la mancata

concetto di cooperazione in senso generico – in cui nell'ipotesi ricostruttiva da me adottata, è ravvisabile il contenuto del diritto di credito - quei comportamenti astrattamente necessari in tutti i tipi di rapporto obbligatorio al fine di consentire l'attuazione di quel collegamento funzionale, il veicolo di collegamento tra situazioni principali, e che rientrano nel fenomeno della cooperazione in senso specifico.

⁷⁰ Risulta di palmare evidenza, infatti, che non potrà avvalersi di alcuno strumento predisposto dal legislatore a tutela delle situazioni giuridiche relative, quel creditore di dare che pretenda un facere dal debitore. L'esemplificazione non è puramente scolastica ove si consideri quanto interesse riscuote in giurisprudenza il problema della corretta distinzione tra le fattispecie della vendita di edificio futuro o, più spesso, della permuta di area edificabile con futura unità immobiliare, in cui il venditore è tenuto semplicemente ad un dare, ai sensi dell'art. 1476 c.c. e la vendita mista ad appalto, in cui invece, l'obbligo in capo al venditore, è altresì quello di realizzare l'opera. Si leggano, ad esempio, le considerazioni di Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in Rep. Foro it., 2001, voce Contratto in genere [1740], n. 250, ad avviso della quale il contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area in cambio di un fabbricato o di alcune sue parti da costruire sull'area stessa, a cura e con mezzi del cessionario, integra il contratto di permuta di un bene esistente con un bene futuro se il sinallagma negoziale sia consistito nel trasferimento reciproco, con effetto immediato sulla proprietà dell'area e differito della cosa futura, e l'assunzione dell'obbligo di erigere l'edificio sia restata su di un piano accessorio e strumentale, ma non quando le due parti si obbligano l'una a costruire un edificio e l'altra - il proprietario del suolo - a cederlo, in tutto o in parte, quale compenso, poiché, in tale ultimo caso, il contratto ha effetti obbligatori e si qualifica come innominato del genere *do ut facias*, analogo al contratto d'appalto, dal quale differisce per la mancanza di un corrispettivo in denaro (nel caso di specie la suprema corte ha ritenuto che il contratto avente ad oggetto la promessa di vendita di un appezzamento di terreno, ai fini della costruzione di un edificio con coevo affidamento in appalto all'altro contraente della costruzione delle unità abitative, non fosse qualificabile come permuta avuto riguardo al rilievo teleologicamente essenziale che nella volontà delle parti aveva assunto la costruzione

realizzazione, secondo le modalità convenute, della cooperazione all'attuazione del contenuto programmato, determina, in concorso con altri presupposti, la costituzione in mora del creditore⁷¹, che "si risolve in un mutamento del regime del vincolo, in quanto ne deriva l'applicabilità di regole diverse (...) da quelle che altrimenti disciplinerebbero il vincolo stesso".⁷²

La medesima distinzione tracciata con riguardo alle situazioni a carattere obbligatorio, tra contenuto ed esercizio del diritto, può ed,

del fabbricato). Sul punto, di recente, in dottrina F. PATTI, *Permuta di area edificabile con unità immobiliari da realizzare sulla stessa*, in Riv. not., 2002, p. 943 ss., specie pp. 945-946. Secondo la Suprema Corte, dunque, si rivela indispensabile per distinguere la vendita di cosa futura dal contratto di appalto, secondo le regole interpretative generali, l'accertamento della effettiva volontà delle parti nel senso di attribuire prevalenza all'elemento del lavoro rispetto all'obbligazione di dare. Così si configura un contratto di appalto qualora, nell'ipotesi di produzione di beni in serie che necessitano di modifiche, queste ultime diano luogo ad un prodotto essenzialmente diverso da quello creato normalmente dal fornitore; si è di fronte ad una vendita di cosa futura, invece, quando le stesse modifiche siano esclusivamente marginali e secondarie (Cass. civ., 6 maggio 1988, n. 3375 in Rep. Foro it., 1988, voce Vendita [6990], n. 30). Similmente, deve considerarsi appalto il contratto con cui un imprenditore si obbliga a fornire manufatti che richiedano modifiche consistenti a quanto di solito da lui prodotto, nonché un cambiamento dei mezzi di produzione predisposti per la lavorazione in serie (Cass., 8 settembre 1994, n. 7697 in Rep. Foro it., 1995, voce Appalto [0430], n. 12; Cass, 29 aprile 1993, n. 5074 in Rep. Foro it., 1993, voce Vendita [6990], n. 48).

⁷¹ Assai discussa è l'individuazione del fondamento giuridico della mora del creditore. Per un'ampia rassegna delle varie teorie elaborate sul punto, si rinvia a G. GIACOBBE, op. ult. cit., p. 960 ss.; nonché a L. BIGLIAZZI GERI, *Mora del creditore*, in Enc. giur., XX, Roma, 1990, pp. 1-2 e a C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale. III. Mora del creditore*, (con nota di aggiornamento di S. Cavanna), in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 2ª ed., 1999, p. 172 ss.

⁷² Così G. CATTANEO, *Mora del creditore*, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1206-1217), Bologna-Roma, 1973, p. 103, il quale muove dalla premessa che la costituzione in mora del creditore non estingue il rapporto obbligatorio ma lo lascia permanere con regole diverse che consentano di ripristinare in fase di attuazione del rapporto quell'equilibrio programmato nella collaborazione tra creditore e debitore, in cui si esprime la relazione di reciproca funzionalità tra credito e debito. Nello stesso senso altresì, A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 274 ss.; nonché, G. GIACOBBE, op. ult. cit., p. 968 ss. Una situazione simmetrica si verifica anche nella disciplina dei diritti reali limitati, ove il legislatore in presenza di modalità di esercizio che non siano più in grado di garantire la perfetta corrispondenza tra attuazione e programmazione del contenuto del diritto, a causa di fattori esterni dipendenti o meno dal comportamento del titolare, dispone egualmente un mutamento del regime del rapporto ovvero delle regole di esercizio del medesimo, idonee a ripristinare quell'originario equilibrio. In questa prospettiva, a mio avviso, devono essere inquadrati sia il mutamento del luogo di esercizio della servitù ex art. 1068 c.c., comma 2, ove le modalità originarie ne abbiano determinato un aggravamento sia i mutamenti nel regime dell'usufrutto, conseguenti agli abusi del titolare (con la previsione di obblighi ulteriori di garanzia, risarcitori, fino all'estrema sanzione, come accade nella disciplina della mora, della stessa estinzione del rapporto) che quelli relativi al rapporto di enfiteusi, sempre in conseguenza degli inadempimenti dell'enfiteuta (art. 972 c.c.). Sul punto si ritornerà, *amplius*, più avanti.

anzi, deve essere ravvisata anche in relazione alle situazioni reali ed è sulla base della medesima che sarà possibile individuare i limiti di operatività della autonomia contrattuale ed i rimedi apprestati dall'ordinamento nel caso in cui resti frustrata la relativa regolamentazione. Come si è avuto modo di riscontrare nel corso della presente ricerca, la disciplina della servitù sembra offrire un quadro completo della fenomenologia dei diritti reali idoneo a fornire la base fondamentale per la risoluzione dei problemi che, in relazione ai medesimi, si pongono nonché ai fini della loro corretta ricostruzione sistematica. Ed infatti, in tema di servitù sembra che il legislatore abbia avuta ben chiara la distinzione tra contenuto della servitù, come risulta tratteggiato dal titolo o dalla legge, e suo esercizio⁷³, cui sono dedicate un complesso di norme, tra cui, oltre agli artt. 1063-1071 c.c. la cui rubrica, per quanto essa possa essere indicativa e giuridicamente vincolante, si riferisce esplicitamente all'esercizio, anche l'art. 1030, relativo alle prestazioni accessorie alla servitù, al punto che uno dei massimi studiosi del tema sostiene con decisione che "altro è contenuto in senso tecnico ed altro è esercizio"⁷⁴: la servitù attribuisce al titolare un complesso di facoltà rispetto al fondo servente e tali facoltà concretano il contenuto della servitù⁷⁵; l'esercizio non fa parte del

⁷³ La disciplina normativa in tema di servitù, pertanto, sembra confutare le conclusioni cui è giunto A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 325-236, secondo cui non esiste una sicura linea di demarcazione tra norme relative al contenuto e norme relative all'esercizio, specie "quando queste sono determinate dal legislatore (c.a.)".

⁷⁴ Così, B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XII, Milano, 1967, p. 407, il quale, invero, sembra relegare tale distinzione alla sola servitù perpetuando quell'orientamento teso ad individuare un "caso servitù" nell'ambito dei diritti reali limitati: "per nessun diritto si parla di estensione, come per nessun diritto si disciplina l'esercizio. In tema di diritti reali il problema dell'esercizio e delle sue modalità non sorge: il titolare può esercitare soltanto quelle facoltà che formano il contenuto legale o volontario del singolo diritto. (...). Queste singolarità derivano dalla stessa struttura della servitù, concepita non sullo schema diritto-dovere, ma come situazione giuridica di un fondo rispetto ad un altro". Non ritengo di condividere le affermazioni dell'insigne giurista sia per quanto concerne la ricostruzione della servitù come rapporto tra fondi, che si è già avuto modo di criticare nel precedente capitolo, al § 8, osservando che tale conclusione corrisponde ad una visione semplicistica e, comunque, naturalistica del fenomeno giacché la servitù non designa una relazione di reciproca funzionalità tra fondi materialmente intesi bensì tra le correlative situazioni giuridiche soggettive di vantaggio e di limite (per una critica puntuale a questa ricostruzione, si rinvia, principalmente a G. GROSSO, in G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, V, t. 1, Torino, 1963, p. 13 ss., nonché a S. PALAZZOLO, voce *Servitù* (I, Diritto civile), in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 3); in secondo luogo, ritengo che la distinzione tra contenuto ed esercizio, tracciata con nettezza di caratteri per la servitù sia propria di tutti i diritti reali limitati, come cercherò di chiarire meglio nelle pagine che seguono.

⁷⁵ Secondo B. BIONDI, op. ult. cit., il contenuto della servitù è anzitutto fornito dal termine adoperato nel titolo: così, se si costituisce una servitù di passaggio o di acquedotto o di non fabbricare, il contenuto di ciascuna è dato dai termini adoperati, giacché tutti sanno che cosa significhi passaggio, acquedotto, non fabbricare. Emerge chiaramente dalle parole dell'insigne giurista l'idea che il contenuto della servitù e dei diritti reali, in genere, designi, appunto, secondo la ricostruzione da me adottata, le

contenuto ma riguarda le modalità di traduzione del contenuto in atto concreto. In altri termini, il contenuto della servitù individua le azioni giuridicamente rilevanti che rientrano nello specifico modulo di utilizzazione del bene, che concreta il tipo "servitù", mentre l'esercizio ha riguardo alle modalità attraverso le quali tali azioni si traducono in attività in modo da garantire la perfetta corrispondenza della attuazione alla programmazione. Specularmente rispetto a quanto si è avuto modo di osservare con riguardo ai diritti di credito, anche nella servitù, a latere rispetto alla programmazione del contenuto del diritto, attraverso la quale vengono determinate le azioni fondamentali in cui si articola la relazione di reciproca funzionalità tra la situazione di vantaggio per un fondo ed il limite per l'altro, sta la regolamentazione dell'esercizio della servitù, mediante la quale, invece, si procede ad individuare attività accessorie e strumentali, rispetto ad entrambe le situazioni principali, ed idonee a garantire la perfetta aderenza all'assetto di interessi programmato della sua attuazione. È in tale prospettiva che vanno inquadrati, da un lato, gli *adminicula servitutis* (art. 1064 c.c.) che comprendono tutte quelle attività (ivi inclusa la realizzazione di opere) consentite al proprietario del fondo dominante che, lungi dall'incidere sull'estensione del contenuto programmato⁷⁶, sono indispensabili per l'esercizio del diritto e senza delle quali "l'utilitas" della servitù non potrebbe ricevere attuazione⁷⁷ e, dall'altro lato, le prestazioni accessorie

azioni giuridicamente rilevanti che rientrano nel modulo di utilizzazione di quel tipo: nella servitù si tratta di azioni che concretano lo sfruttamento della destinazione di servizio di un bene rispetto ad un altro (tipo).

⁷⁶ Opportunamente, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 427, osserva che l'estensione cui si riferisce la rubrica dell'art. 1064 c.c. non significa precisazione o determinazione del contenuto della servitù – come sostenuto da una parte della dottrina (il riferimento è, tra gli autori più recenti, ad A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., pp. 120-121, che, confondendo contenuto ed esercizio, la identifica con il complesso delle facoltà e dei poteri attribuiti in concreto al titolare nonché coi doveri che fanno carico al proprietario del fondo dominante) e della giurisprudenza (in tal senso, Cass., 28 giugno 1966, n. 1682, in Rep. Foro it., 1966, voce *Servitù* [6180], n. 170) – quanto piuttosto "attribuzione di facoltà che vanno oltre il contenuto della servitù ma con questo strettamente connesse", in quanto, come si chiarirà nel testo, finalizzate a consentire la concreta e completa attuazione della programmazione di quel contenuto.

⁷⁷ In questi termini si esprime Cass., 17 novembre 1979, n. 5983, in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 11., che, in linea con le idee espresse nel testo, pone chiaramente in evidenza il "collegamento fra tali *adminicula servitutis*" e contenuto primario della servitù", facendo emergere la loro funzione di attività accessorie che non incidono sul contenuto ma ne rendono possibile la concreta attuazione. Nello stesso senso, già prima, Cass., 28 maggio 1979, n. 3097, Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 5, la quale aveva sottolineato incisivamente come "gli *adminicula servitutis* sono facoltà accessorie al diritto di servitù prediale, variabili per il contenuto, in rapporto al tipo di servitù cui ineriscono ed alle esigenze concrete; essi sono, inoltre, privi di autonoma esistenza ed estranei agli elementi strutturali della servitù e alla esplicazione del relativo vincolo, rispetto al quale hanno una funzione strumentale derivata (c. m.). Ne consegue che la modifica degli *adminicula* non si ripercuote né sul vincolo né sulle modalità di attuazione della servitù, trattandosi di fattori esterni agli elementi costitutivi delle medesime, non riconducibili sotto la disciplina della norma di cui all'art. 1067 c.c.". Per un esempio concreto di *adminiculum servitutis*, si rinvia a Cass., 16 febbraio 1994, n.

al contenuto della servitù (art. 1030 c.c.), oggetto di obbligazioni propter rem a carico del proprietario del fondo servente e volte, nella medesima prospettiva, solo a consentire il completo esercizio della servitù⁷⁸. L'irriducibile opposizione tra contenuto ed esercizio e, quindi, l'impossibilità di ricondurli nell'ambito del medesimo concetto⁷⁹, come invece opina chi ritiene che le regole di esercizio facciano parte del contenuto del diritto⁸⁰, è attestata, del resto, inequivocabilmente dal disposto dell'art. 1075 c.c. che da essa fa derivare una fondamentale conseguenza in ordine alla estinzione della servitù per non uso. Tale norma prevede, infatti, che la servitù si conservi per intero anche quando sia esercitata in modo da trarne un'utilità minore di quella

1497, in Rep. Foro it., 1994, voce Servitù [6180], n. 11, secondo cui la servitù di acquedotto comprende la facoltà quale *adminiculum*, appunto, di accedere al fondo servente al fine di controllare lo stato dei canali e delle tubazioni dell'acqua, operare i necessari spurghi e procedere alle riparazioni occorrenti per il conseguimento dell'utilitas in cui essa si sostanzia. In dottrina, G. BRANCA, *Servitù prediali*, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 1027-1099), Bologna-Roma, 5ª ed., 1979, p. 334 ss., distingue tra facoltà accessorie, in mancanza delle quali la servitù non potrebbe *tout court* essere esercitata (ad esempio, la facoltà di passaggio attraverso il fondo nel quale è situata la fonte, allo scopo di esercitare la servitù di attingere acqua) e quelle, in mancanza delle quali la servitù potrebbe sì essere esercitata ma con una estensione inferiore o con modalità di esercizio ridotte rispetto a quanto risulta dal titolo o dal possesso (si pensi, ad esempio, alla facoltà, spettante al titolare di una servitù di protendimento di rami sul fondo vicino, di entrare in quest'ultimo per raccogliere i frutti che vi siano eventualmente caduti) e ne inferisce che, mentre queste ultime possono formare oggetto di una clausola derogativa del titolo costitutivo, le prime non potrebbero mai essere convenzionalmente escluse pena l'inefficacia della relativa clausola: "poiché l'esclusione degli accessori toglierebbe praticamente ogni efficacia (...) al negozio, non resta altro che ritenere come non scritta la clausola corrispondente".

⁷⁸ In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 21 aprile 2004, n. 7655, in Vita not., 2004, p. 972 ss.; Cass., 29 agosto 1998, n. 8610, in Giust. civ. Mass. 1998, p. 1809; Cass., 28 gennaio 1987, n. 775, Giust. civ. Mass. 1987, fasc. 1; Cass., 6 agosto 1983, n. 5276, in Giust. civ. Mass., 1983, fasc. 8. Per maggiori approfondimenti in ordine alla categoria delle obbligazioni propter rem in generale, si rinvia a quanto esposto nel precedente capitolo, § 5, nota 94.

⁷⁹ Si tratta di una convinzione espressa con chiarezza in una recente sentenza della Suprema Corte – Cass., 5 luglio 2002, n. 9741, in Giust. civ. Mass. 2002, p. 1164 – la quale, nel corso di un giudizio finalizzato ad accertare l'intervenuta costituzione volontaria di una servitù, individua e delimita correttamente il ruolo della autonomia contrattuale avendo cura di precisare che, pur non essendo necessario l'uso di formule specifiche, è necessario che risultino senza incertezze o siano determinabili in base a prefigurati elementi oggettivi, gli estremi idonei a dimostrare il reale intento delle parti [di costituire una servitù], quali l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, il peso e l'utilità costituenti il contenuto della servitù e la determinazione dell'estensione e delle modalità di esercizio della stessa.

⁸⁰ In tal senso, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 246; nonché ID., *Le servitù prediali*, in in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 8, II, cit., p. 225 ss., ove l'autore perpetua il suo modo di concepire le regole di esercizio della servitù come integranti il "contenuto concreto" della medesima. Nello stesso senso, altresì, S. PALAZZOLO, voce *Servitù* (I, Diritto civile), cit., p. 13 ss.

indicata dal titolo, ovvero con modalità di misura, luogo e mezzi⁸¹ diverse da quelle idonee a tradurre in atto la fondamentale programmazione del suo contenuto: l'uso secondo modalità diverse, afferendo al profilo dell'esercizio e non incidendo sul contenuto che resta integro in termini di azioni giuridicamente rilevanti in cui si esprime il modulo di utilizzazione della servitù, è dunque inidoneo a determinare l'estinzione della medesima. Del resto, l'importanza della distinzione emerge con maggiore evidenza ove si ponga mente al disposto del successivo articolo 1076 c.c. che assoggetta invece a prescrizione estintiva la servitù esercitata in tempo diverso da quello determinato dal titolo con ciò dimostrando che poiché il tempo diventa elemento del contenuto della servitù, il titolare che ne usa solo in momenti che non rientrano nei periodi programmati, "non si può dire che eserciti quella stessa servitù"⁸². Attraverso il disposto delle citate norme, risulta inconfutabilmente confermato, dunque, anche in materia di servitù quanto già osservato a proposito dei diritti di credito e, cioè, che l'attività del proprietario del fondo dominante non conforme al contenuto programmato, è "sanzionata" in termini di irrilevanza giuridica, inidoneità a configurare lo specifico potere attribuito con quel tipo di diritto reale e quindi di inidoneità ad attivare la disciplina per esso prevista impedendo l'estinzione del diritto per prescrizione. Al contrario, in presenza di modalità di esercizio che non sono in grado di tradurre in sede di attuazione concreta quella programmazione del contenuto del diritto, ispirata all'esigenza di reciproco temperamento tra gli opposti interessi in ordine alla utilizzazione del bene che ne forma oggetto (infra, nel testo), si attiva un procedimento idoneo a ripristinare l'originario equilibrio attraverso un mutamento del regime dell'esercizio, analogo a quello che si verifica in caso di mora nell'ambito dei rapporti obbligatori (e, del resto, a quello predisposto nella disciplina degli altri diritti reali limitati, di cui si dirà in seguito): in questa prospettiva, a mio avviso va letto il rimedio contemplato dall'art. 1068 c.c. che consente, in forza di un'apposita convenzione ovvero di una pronuncia giudiziale costitutiva, il mutamento del luogo di esercizio della servitù o, addirittura, lo stesso trasferimento della servitù su un fondo diverso⁸³

⁸¹ Sul punto, Cass., 20 aprile 1979, n. 2216, in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 4, secondo la quale, l'art. 1075 c.c. nel disporre che la servitù esercitata in modo da trarne una utilità minore di quella indicata nel titolo si conserva per intero, fa riferimento alla utilità che, permanendo qualitativamente eguale, e così contrassegnando la identità del diritto di servitù, si modifica solo quantitativamente.

⁸² In questi termini, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 465. Sul punto, si veda, altresì, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 564 ss.

⁸³ Nell'esegesi della norma dell'art. 1068, la dottrina (si rinvia agli autori citati nella nota successiva) e la giurisprudenza prevalenti (Cass. 19 ottobre 1957, n. 3983) hanno messo in evidenza come tale disposizione, dopo aver fissato il principio generale per cui il proprietario del fondo servente non può trasferire l'esercizio della servitù in luogo diverso da quello nel quale è stata stabilita originariamente, pone, nei successivi commi, tre eccezioni corrispondenti ad altrettante ipotesi ben distinte per le quali può essere invece chiesto il trasferimento, ciascuna assoggettata ad autonomi

da quello nel quale è stata stabilita originariamente proprio in presenza di una alterazione in fase di attuazione dell'equilibrio programmato, che abbia reso più gravoso l'esercizio medesimo.⁸⁴

presupposti: il mutamento del luogo di esercizio della servitù, su istanza del proprietario del fondo servente, subordinato, per un verso, alla condizione che l'originario esercizio della servitù sia divenuto più gravoso per il fondo servente ovvero (in alternativa) impedisca al proprietario di questo di fare lavori, riparazioni o miglioramenti e, per altro verso, alla condizione che venga offerto al proprietario del fondo dominante un luogo egualmente comodo; il mutamento del luogo di esercizio della servitù, su istanza del proprietario del fondo dominante, che richiede cumulativamente la prova che il cambiamento riesca per il proprietario del fondo dominante di notevole vantaggio e che lo stesso non rechi danno al fondo servente; il trasferimento della stessa servitù su di un diverso fondo, del proprietario del fondo servente o di un terzo che vi consenta, che si verifica solo per effetto della sentenza costitutiva dell'autorità giudiziaria e che può essere richiesto solo nell'interesse del soggetto gravato dalla servitù, il cui esercizio sia divenuto più oneroso.

⁸⁴ Una conferma evidente della conclusione raggiunta nel testo secondo cui l'art. 1068, comma 2, c.c. rappresenta il rimedio generale in caso di frustrazione del programmato contenuto del diritto di servitù in sede di attuazione proviene dalla interpretazione della norma de qua, offerta dalla giurisprudenza della Suprema Corte nel corso degli anni, tendente ad estenderne l'applicazione, oltre il dato meramente letterale, ad ogni ipotesi di alterazione di siffatta corrispondenza, non ricollegabile esclusivamente al locus servitutis, oggetto di considerazione legislativa in quanto "mezzo fondamentale per l'esercizio del diritto" (così A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., p. 135). Si esprime chiaramente, in tal senso, Cass. 3 marzo 1994, n. 2104, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1995, p. 166 ss., la quale osserva che "la disposizione del secondo comma dell'art. 1068 cod. civ., che consente al proprietario del fondo servente di offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo ugualmente comodo per l'esercizio della servitù nel caso in cui l'originario esercizio sia divenuto eccessivamente gravoso per il fondo servente o impedisca di fare lavori, riparazioni o miglioramenti, si applica, per analogia, data l'eadem ratio, anche nel caso di spostamento verticale della servitù e, più in generale, nel caso di variazioni del modo di esercizio della servitù". Muovendo da una simile premessa, si è, infatti, sottolineato come il proprietario del fondo servente è legittimato ad ottenere il trasferimento del luogo di esercizio della servitù non soltanto quando l'originario esercizio sia divenuto più gravoso a causa di un fatto estraneo alla attività dei proprietari dei due fondi interessati, ma altresì quando ciò sia avvenuto a causa dell'adozione, da parte del proprietario del fondo servente, di particolari modalità di utilizzazione del terreno (o dell'edificio) che gli appartiene (Cass., 21 giugno 2000, n. 8444, in *Giust. civ. Mass.* 2000, p. 1365, che ha sostenuto che anche la costruzione sul fondo servente, a ridosso del punto in cui si esercita una servitù di passaggio, di un fabbricato destinato ad abitazione può costituire una nuova situazione di fatto che determina la maggiore gravosità, quando i proprietari di quel fondo lamentino immissioni moleste o limitazioni al godimento dell'immobile edificato; nonché Cass., 27 ottobre 1995, n. 11198, in *Giust. civ. Mass.* 1995, fasc. 10; Cass., 1 gennaio 1993, n. 6111, in *Giust. civ. Mass.* 1993, p. 968 (s.m.); Cass. 9 febbraio 1987, n. 1345, in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 2) ovvero a causa dell'adozione, da parte del proprietario del fondo dominante, di modalità di esercizio della servitù diverse, pur sempre rientranti nei limiti segnati dalle previsioni del titolo, ma più intense rispetto a quelle precedentemente impiegate (Cass., 3 marzo 1994, n. 2104, cit., p. 169 ss.; nonché Cass., 24 luglio 1977, n. 3340, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Servitù* [6180], n. 170). Diversamente dalla fattispecie prevista nel secondo comma, che trova il suo presupposto in un'alterazione patologica delle modalità di esercizio della servitù, tale da comportarne un aggravamento, nell'ipotesi contemplata nel terzo comma, invece, si riconosce al proprietario del fondo dominante, pur sempre in presenza di fatti

La disciplina della servitù, distinguendo in modo chiaro contenuto ed esercizio fornisce un'immagine alquanto esatta dello spazio di operatività dell'autonomia contrattuale, consentendo di superare l'orientamento sopra esposto che svilisce il ruolo di tale autonomia contrattuale relegandola all'ambito ristretto dell'esercizio del diritto. Essa, qui più che altrove, si esplica principalmente nella programmazione del contenuto del diritto reale nei limiti del tipo fissato dal legislatore giacché mancando un regolamento legale del contenuto

sopravvenuti (A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., p. 138, nota 108), il diritto potestativo di ottenere egualmente un mutamento del luogo di esercizio della servitù ove ciò arrechi un notevole vantaggio al proprio fondo senza che ne derivi alcun danno ovvero alcun aggravio, rispetto alle modalità di esercizio originarie, per il fondo servente e cioè nel rispetto del criterio fondamentale del contemperamento tra il bisogno del fondo dominante ed il minor aggravio del fondo servente. In ogni caso, secondo l'opinione prevalente (ex pluribus, G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 388; nonché Cass., 6 agosto 1997 n. 7220, in Rep. Foro it., 1997, voce *Servitù* [6180], n. 42; contra Cass., 3 marzo 1962 n. 1257, in Giur. it. Mass. 1962, p. 112), come accade nell'ipotesi di cui al secondo comma, la ricorrenza dei presupposti sopra indicati non autorizza il proprietario del fondo dominante ad un'unilaterale modificazione di fatto del luogo di esercizio della servitù ma lo legittima soltanto a proporla od a pretenderla dal proprietario del fondo servente con la possibilità, in caso di suo rifiuto, di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Il legislatore sembra aver predisposto, dunque, in entrambi i casi, rispettivamente nell'interesse del proprietario del fondo servente e del fondo dominante, un meccanismo legale di rinegoziazione delle modalità di esercizio della servitù, che lasciando inalterato il contenuto dell'originario ius in re aliena, assolve alla medesima finalità delle più moderne clausole di rinegoziazione contrattuale (sul punto, ampiamente, V. M. CESARO, *Conservazione e rinegoziazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, passim) il cui scopo precipuo, pur nella loro diversità fenomenologica, è, appunto, il riequilibrio dell'assetto contrattuale, alterato da elementi sopravvenuti ed imprevedibili al tempo della conclusione dell'accordo. Non è un caso, del resto, che alla base delle clausole di rinegoziazione vi sia il principio di correttezza e buona fede di cui all'art. 1375 c.c., che, informando il comportamento dei contraenti in executivis, esprime, appunto, quell'esigenza "che vi sia un costante adeguamento in sede esecutiva alle mutevoli esigenze prospettate dal momento dinamico" (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 6ª ed., Napoli, 1996, p. 775), evitando che le particolari modalità di esecuzione permettano al contraente di tradire in fase di attuazione lo spirito della regola, esigenza che, come si è avuto modo di sottolineare, è alla base della medesima previsione contenuta nell'art. 1068 c.c. Infine, analogamente alla rinegoziazione convenzionale, che deve lasciar persistere l'identità del rapporto "rinegoziato", il secondo e terzo comma dell'art. 1068 cod. civ., disciplinano rispettivamente lo spostamento del luogo di esercizio della servitù, nell'interesse e a richiesta, sia del soggetto attivo che del soggetto passivo della servitù, spostamento che comporta la semplice modifica della servitù in una delle sue modalità, lasciandone inalterati tutti gli altri elementi costitutivi che la contraddistinguono (fondo dominante, fondo servente e contenuto della servitù) a differenza del quarto comma dello stesso art. 1068 che regola, invece, la diversa ipotesi del trasferimento della servitù su altro fondo del proprietario del fondo servente o di un terzo che vi acconsenta, rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'autorità giudiziaria e idonea a determinare l'estinzione della servitù preesistente e la costituzione di una nuova servitù, anche se di eguale contenuto, a carico di un fondo diverso (così Cass. 6 novembre 1971, n. 3139, in Foro it., 1972, I, c. 1656 ss). Sul punto, per maggiori ragguagli, si rinvia alle trattazioni di B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 437 ss. e G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 384 ss.

della servitù, di cui il legislatore si limita a fissare il modulo tipologico di utilizzazione⁸⁵, consistente nello sfruttamento della specifica destinazione economica di servizio di un bene rispetto ad un altro, la servitù può sorgere solo con il contenuto configurato dall'atto costitutivo⁸⁶. All'autonomia contrattuale, dunque, è rimessa direttamente la configurazione del contenuto della servitù, nel rispetto del fondamentale limite del tipo che deve ispirare una programmazione idonea a garantire la destinazione strumentale di un bene rispetto ad un altro di guisa che non può spingersi il contenuto della servitù oltre l'idea stessa del peso, in correlazione con l'altrui vantaggio⁸⁷. Al contrario, la regolamentazione convenzionale delle modalità di esercizio del diritto di servitù potrebbe anche mancare del tutto supplendo in tal caso la disciplina dell'art. 1065 c.c. che fissa il criterio generale regolatore di tale esercizio⁸⁸ nel bisogno del fondo dominante col minor

⁸⁵ La disciplina della servitù si dimostra ancora una volta il banco di prova dell'ipotesi ricostruttiva adottata in quanto proprio la circostanza che non sia previsto alcun regolamento legale del contenuto della servitù dimostra inequivocabilmente che il tipo non può essere considerato come tipo di contenuto, secondo le ricostruzioni adottate dalla dottrina dominante.

⁸⁶ Tale conclusione risulta particolarmente enfatizzata da P. VITUCCI, *Utilità ed interesse nelle servitù prediali*, cit., p. 46 ss., il quale, sulla base di tali premesse, tracciando un parallelismo rispetto alla disciplina delle obbligazioni, sottolinea l'eccezionale ampiezza dello spazio riservato all'autonomia privata in tema di servitù, costituente, ad avviso dell'autore, un unicum nel panorama dei diritti reali. Nello stesso senso, già prima, D. BARBERO, *Tipicità, predialità ed indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, nota a Pretura di Mantova, 24 maggio 1956, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 1043 ss.

⁸⁷ Ritengo infatti che il problema dei limiti che incontra l'autonomia privata nella programmazione del contenuto del diritto di servitù, problema avvertito, qui più che altrove, dalla dottrina che, di fronte alla carenza di un regolamento legale, ha paventato il rischio che le parti possano dar vita a servitù che esauriscano tutte le utilità di un fondo, sia in realtà pur sempre un problema di limiti di elasticità del tipo. Ad una simile conclusione giunge, sia pure, implicitamente P. VITUCCI, op. ult. cit., p. 76 ss., secondo il quale "nel sostenere che la servitù non può costituirsi in modo tale da esaurire tutte le utilità d'un fondo, va infatti richiamata anche la significativa e sperimentatissima definizione legale ripresa dall'art. 1027 c.c., alla quale il codice del '42 è rimasto fedele, rinunciando ad una nuova e meno precisa formula proposta in sede di lavori preparatori: per quanto ristretto lo si configuri, il valore normativo delle definizioni del legislatore in genere, e di questa sulla servitù come peso in specie, non è tanto esiguo da consentire che con la "charge imposée" (art. 637 cod. Nap.) si concilii un'attribuzione generale delle utilità ricavabili dal fondo, quale si avrebbe se la servitù consentisse di ridurre a zero i poteri del proprietario". Invero, il richiamo all'articolo 1027 c.c. ai fini della individuazione del limite di operatività dell'autonomia contrattuale nella programmazione del contenuto si giustifica proprio in quanto esso fissa il tipo della servitù, incentrato, come si è più volte rilevato, intorno ad un modulo di utilizzazione strumentale di un bene rispetto ad un altro.

⁸⁸ Si tratta della formula coniata da B. BIONDI, op. ult. cit., p. 417 ss., il quale, acutamente, sottolinea come la norma citata non fissa semplicemente un criterio interpretativo in caso di dubbio ma ha portata più ampia costituendo, appunto, il criterio regolatore dell'esercizio della servitù, la quale indipendentemente da qualsiasi dubbio o precisazione del titolo non può esercitarsi che secondo il bisogno del fondo dominante col minor aggravio per il fondo servente. Esso, del resto, riveste una

aggravio del fondo servente, facendo emergere ancora una volta l'essenza della servitù, nel quadro dei diritti reali limitati, come relazione di reciproca funzionalità tra una situazione di vantaggio ed una di limite, relazione programmata ed attuata in vista del temperamento degli opposti interessi in ordine all'utilizzazione del bene che ne forma oggetto. Questo significa, in altri termini, che una regola di equilibrio tra gli opposti interessi debba ispirare l'autonomia privata, da un lato, nella regolamentazione del contenuto e delle modalità di esercizio della servitù e l'interprete, dall'altro, nel suo giudizio sulla concreta fattispecie di servitù⁸⁹.

La medesima distinzione tra contenuto ed esercizio del diritto non solo si presenta nell'ambito della sistematica normativa del diritto di usufrutto, sia pure con caratteri meno evidenti rispetto a quelli ravvisati nella disciplina della servitù ma, anche in tal caso, assume una importanza fondamentale sia ai fini della individuazione del corretto spazio di operatività dell'autonomia contrattuale sia in relazione alle conseguenze che l'ordinamento fa derivare rispettivamente, dalle attività poste in essere dall'usufruttuario che non rispettano il contenuto

grande rilevanza rispetto a quelle estensioni delle modalità di esercizio consentite dalla legge, che valgono nonostante qualsiasi precisazione del titolo, ed a quelle modificazioni che possono essere apportate, come spostamento del locus (art. 1068 c.c.), in dipendenza della divisione del fondo (art. 1071 c.c.) e mutamento delle modalità disposte nel titolo. Esso, pertanto, ha un duplice campo di applicazione: nel caso di indeterminatezza o dubbio, come criterio di precisazione delle modalità di esercizio; in caso, invece, di precisa determinazione, come criterio del minor mezzo per soddisfare le esigenze del fondo dominante. In senso contrario ad una simile interpretazione, tuttavia, si è espressa la più recente giurisprudenza della suprema corte (Cass., 7 giugno 2002, n. 8261, in Giust. civ. Mass. 2002, p. 987) secondo la quale solamente quando permangano dubbi circa l'interpretazione del titolo costitutivo in ordine all'estensione e alle modalità di esercizio della servitù, il giudice è tenuto ad applicare il criterio sussidiario del minore aggravio per il fondo servente, di cui all'art. 1065 c.c.

⁸⁹ Conviene sul punto, anche P. VITUCCI, op. ult. cit., p. 115. Del resto, nelle pronunce del Supremo Collegio emerge con particolare chiarezza la tendenza ad enfatizzare l'aspetto relazionale dei diritti reali in genere e della servitù in particolare come canone ermeneutico fondamentale. In tal senso, tra le più recenti pronunce, Cass., 11 novembre 2002, n. 15796, in Giust. civ. Mass. 2002, p. 1950, la quale, dopo aver sottolineato che nell'ipotesi di fondo gravato da servitù di passaggio, l'esercizio, da parte del proprietario, della facoltà riconosciutagli dall'art. 841 c.c. di chiudere in qualunque tempo il proprio fondo deve essere esercitato in modo tale che l'esercizio della servitù di passaggio non venga impedito né reso scomodo, conclude nel senso che spetta al giudice di merito stabilire quali misure, in concreto, risultino più idonee a temperare l'esercizio dei due diritti, avendo riguardo a tutte le circostanze del caso concreto in relazione allo stato dei luoghi, nonché a quelle soggettive, come il comportamento tenuto dal proprietario del fondo servente. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto misura non idonea a garantire il libero esercizio della servitù di passaggio la consegna delle chiavi del cancello apposto a chiusura del fondo servente, per la posizione defilata dello stesso, per la mancanza di un impianto citofonico e/o di altro meccanismo di apertura a distanza, nonché alla luce del comportamento del proprietario di tale fondo che aveva posto in essere altre illegittime turbative).

e, quindi, non sono conformi alle azioni giuridicamente rilevanti in cui esso si configura, da quelle attività che si limitano a violare le regole di esercizio del diritto. Infatti, il legislatore dopo aver fissato il modulo di utilizzazione del tipo usufrutto, nel primo comma dell'art. 981 c.c., incentrato intorno allo sfruttamento della specifica destinazione economica del bene, chiarisce, al secondo comma, che il contenuto del medesimo si estende ad ogni azione giuridica in cui si esprime una utilizzazione coerente con tale destinazione economica⁹⁰, sia essa determinata in relazione alla natura giuridica del bene sia essa delimitata in sede di programmazione negoziale, nell'atto costitutivo del diritto⁹¹. Del resto, l'esistenza di una relazione giuridicamente rilevante tra situazioni contrapposte, che, come si è più volte rilevato, esprime l'antagonismo di interessi in ordine alla utilizzazione del medesimo bene, proprio del contenuto dei diritti reali limitati, "impone che l'ordinamento giuridico non solo delimiti i confini dei due diritti, ma prescriva inoltre determinate modalità di godimento, ordini all'uno [titolare] ed in minore misura anche all'altro determinati adempimenti e ripartisca infine tra essi gli oneri afferenti la cosa"⁹². Ed a ciò il legislatore ha adempiuto, predisponendo una serie di norme volte a regolare le modalità di esercizio del diritto al fine di garantire che quella relazione di reciproca funzionalità oltre ad esser programmata

⁹⁰ Dalla norma dell'art. 981 c.c., in altri termini, emerge con chiarezza che l'usufrutto assume un "contenuto rigorosamente corrispondente alla destinazione economica del bene operata dalla legge o dall'avente diritto in termini di preciso limite giuridico" (così G. PALERMO, *L'usufrutto*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 8, II, cit., p. 100). Il rispetto della destinazione economica del bene costituisce, dunque, l'unico e fondamentale limite del diritto di usufrutto che si caratterizza, quanto alla configurazione normativa, per la pienezza del godimento attribuito al titolare, che ha la facoltà di trarre dalla cosa qualunque specie di utilità e di compiere tutti gli atti di utilizzazione compatibili con la specifica destinazione economica. Come si è già avuto modo di constatare per l'enfiteuta, anche all'usufruttuario non sono attribuite specifiche forme di utilizzazione del bene bensì tutte quelle che costituiscono estrinsecazione dello sfruttamento della predetta destinazione economica, che costituisce, quindi, il criterio fondamentale di conformazione e di rilevanza dell'attività di godimento dell'usufruttuario. Per questa ragione, come si avrà modo di chiarire in seguito, il regolamento negoziale del contenuto del diritto di usufrutto si manifesta principalmente nella conformazione di tale destinazione.

⁹¹ Concorde sulla circostanza che il contenuto dell'usufrutto è determinato dalla legge (nell'art. 980 c.c.) in mancanza di una determinazione negoziale, anche Cass., 18 luglio 1980, n. 4706 in Giust. civ. Mass. 1980, fasc. 7, secondo la quale "la predeterminazione del contenuto e della durata del diritto di uso non configura requisito essenziale del contratto avente ad oggetto la costituzione del diritto medesimo, atteso che tali elementi, in difetto di previsione delle parti vanno determinati secondo la disciplina dettata dagli art. 979 e 981 c.c."

⁹² In tal senso, significativamente, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione* in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, IV, t. 5, p. 449, il quale aggiunge, nella medesima prospettiva accolta da chi scrive, che l'interesse alla conservazione della cosa, nella sua sostanza e nella sua destinazione economica, è già protetto dai limiti entro cui vengono circoscritte le facoltà e le pretese dell'usufruttuario, ma esso consegue una più sicura tutela attraverso le specifiche prestazioni, che la legge impone a qualunque usufruttuario o all'usufruttuario di determinate cose.

venga altresì attuata concretamente in vista del raggiungimento del medesimo equilibrio e temperamento tra opposti interessi: in tale disciplina il proprietario e l'usufruttuario vengono a porsi su un piano paritetico dal quale emergono obblighi di comportamento a carattere di reciprocità.⁹³ Si pensi, per quanto concerne la posizione del nudo proprietario, non tanto all'obbligo avente ad oggetto la consegna del bene di cui all'art. 982 c.c. che, come, d'altro canto, gli obblighi correlativi a carico dell'usufruttuario, di prestare idonea garanzia e di redigere l'inventario (art. 1002 c.c.), sono volti a consentire al titolare del diritto reale limitato di porsi in condizione di realizzare lo sfruttamento del bene coerente con la sua destinazione e quindi sono esterni rispetto alla regolamentazione dell'esercizio del diritto⁹⁴; quanto, piuttosto, da un lato, agli obblighi ed oneri, ai quali il nudo proprietario e l'usufruttuario sono rispettivamente tenuti ob rem relativamente ai carichi annuali imposti sulla proprietà o gravanti sul reddito (artt. 1008, 1009, 1010 c.c.) e, d'altro canto, alla fondamentale disposizione di cui all'art. 1001, comma 2, c.c. Tale norma, nel richiedere nell'usufruttuario l'uso della diligenza del buon padre di famiglia nel godimento della cosa⁹⁵, costituisce la fonte di una serie di obblighi strumentali, che pur

⁹³ Nel medesimo ordine di idee qui condiviso, G. PALERMO, op. ult. cit., p. 130 ss., pur riferendosi specificamente alla norma dell'art. 1005 c.c. relativa all'usufrutto di credito ma con rilievi che possono valere in generale, ritiene che tale disciplina sia destinata "ad assicurare specifica tutela a ciascuno degli interessi in gioco, senza pregiudicare l'altro interesse contrapposto".

⁹⁴ Pongono in rilievo tale aspetto G. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 451, nonché, soprattutto, G. PALERMO, *L'usufrutto*, op. cit., p. 119 ss., il quale li tiene correttamente distinti, anche sul piano sistematico della relativa trattazione (diversamente dal primo che ne tratta unitariamente in un capitolo dedicato agli obblighi dell'usufruttuario in generale), dagli altri obblighi afferenti, invece, al regolamento dell'esercizio del diritto e se occupa in relazione al profilo della fattispecie acquisitiva del diritto. Sembra trascurare, invece, tale fondamentale distinzione S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, cit., p. 62 ss., specie 70, il quale attribuisce alla regolamentazione dell'esercizio del diritto sia la "funzione di coordinare e dirimere interessi in atto configgenti", in ordine alla utilizzazione del medesimo bene, sia quella ulteriore di salvaguardia dell'interesse del nudo proprietario a ripristinare l'originaria situazione giuridica, funzione che si esplica, quindi, "in vista di una aspettativa". Tale confusione tra il profilo della fattispecie acquisitiva del diritto e quello relativo al regolamento dell'esercizio del medesimo ha condotto la dottrina richiamata ad individuare come strumenti di siffatto regolamento, oltre all'obbligo anche l'onere e la condizione che, in realtà secondo l'unanime ricostruzione, rappresentano non altro che modalità degli effetti contrattuali e nulla hanno a che vedere con le modalità di esercizio delle situazioni giuridiche; nonché, nella medesima distorsione prospettica, ad indicare come rimedio generale in presenza di una violazione del regolamento dell'esercizio del diritto la risoluzione del contratto per inadempimento. In tal senso, altresì, M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 252. Sul punto, si ritornerà successivamente, alla nota 101.

⁹⁵ Secondo A. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro terzo. Della proprietà (Artt. 957-1026), Bologna-Roma, 4ª ed., 1978, pp. 184 e 285, la diligenza del buon padre di famiglia costituisce il parametro al quale l'usufruttuario deve uniformare la propria condotta nello svolgimento delle attività di utilizzazione e godimento della cosa che gli sono

non incidendo sul contenuto del godimento, sono finalizzati a garantire la conservazione, nell'esercizio del diritto, della capacità produttiva del bene⁹⁶; al medesimo fine, del resto, sono strumentali gli obblighi di custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria sanciti dall'art. 1004 c.c., l'obbligo di mantenere l'originaria consistenza dei beni oggetto del diritto, reintegrando le scorte del fondo man mano che diminuiscono ovvero sostituendo nei macchinari le parti che si logorano (artt. 987, 991, 994, 997 c.c.), l'obbligo di mantenere l'efficienza dell'organizzazione aziendale (art. 2561 c.c.), l'obbligo di restituire la cosa alla fine dell'usufrutto (art. 1001, comma 1, c.c.)⁹⁷. Inoltre, come si è già avuto modo di riscontrare in tema di credito e di servitù, anche per l'usufrutto il legislatore predispone un apposito meccanismo idoneo a ristabilire l'originario equilibrio programmato in ordine alla utilizzazione del bene, attraverso un mutamento del regime dell'esercizio ovvero attraverso la previsione di nuove regole che, da una lato, integrano quelle precedenti che siano rimaste frustrate e, dall'altro, sanzionano il comportamento abusivo⁹⁸ dell'usufruttuario, in

consentite in quanto compatibili con la destinazione economica impressa. Tale criterio, dunque, rappresenta il fondamentale *trait d'union* tra la programmazione del contenuto del diritto di usufrutto e la traduzione in atto di tale programmazione. Si veda, in tal senso, oltre alla pronuncia della Suprema corte riportata nella successiva nota 99, anche Cass., 2 marzo 1976, n. 699, in *Giust. civ. Rep.*, 1976, voce *Usufrutto*, *Uso*, *Abitazione*, n. 2, secondo la quale la necessità di usare la diligenza del buon padre di famiglia impone all'usufruttuario di un fondo rustico, che ne abbia affidato a terzi la gestione, di controllare che vengano svolte tutte le attività necessarie per conservare immutata la naturale destinazione del fondo e l'efficienza dell'organizzazione; nonché G. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 501 ss.

⁹⁶ Dall'obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia deriva, non tanto o non soltanto, l'obbligo per l'usufruttuario di astenersi dal distruggere la cosa, dal deteriorarla, dall'impadronirsi di parti della medesima, quanto, piuttosto, l'obbligo di adoperarsi per la sua conservazione, custodendo la cosa, apportandovi le riparazioni che siano necessarie od opportune. Del resto, l'osservazione condotta nella precedente nota, secondo cui l'obbligo di osservare la diligenza del buon padre di famiglia rappresenta il *trait d'union* tra la programmazione del contenuto del diritto di usufrutto e la traduzione in atto di tale programmazione, consente di comprendere come gli obblighi strumentali che da esso derivano non abbiano un contenuto rigidamente predeterminato ma variabile "in funzione essenzialmente di quel che nel caso singolo il titolo stabilisce in ordine al rapporto tra utilizzazione attuale del bene e sua utilizzabilità futura" (G. PALERMO, op. ult. cit., p. 133), in funzione, dunque, del concreto programma di utilizzazione adottato.

⁹⁷ Per maggiori ragguagli sul contenuto di tali obblighi, si rinvia alla fondamentale trattazione di G. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 448 ss.; nonché di G. PALERMO, op. ult. cit., p. 123 ss.

⁹⁸ Merita di essere chiarito che la figura dell'abuso nell'ambito dell'usufrutto, concernente le modalità di esercizio del diritto, non ha nulla a che vedere con la fattispecie generale dell'abuso del diritto soggettivo, che come si è già avuto modo di rilevare nel precedente capitolo costituisce la sanzione generale che l'ordinamento appronta in presenza di comportamenti del proprietario o del titolare di altro diritto soggettivo che oltrepassino il limite generale di tale diritto, rappresentato dalla funzione sociale e opera in termini di inidoneità del comportamento medesimo ad esprimere il contenuto del diritto socialmente rilevante. Sul punto, *amplius*, capitolo I, § 5, p. 37 ss.

sede di esercizio, fino a sancire l'estinzione del suo diritto (art. 1015 c.c.).⁹⁹ Orbene, è alla luce di tali norme che risulta agevole comprendere come all'autonomia privata, in sede di costituzione del diritto, spetti non solo di programmarne il contenuto in funzione della specifica destinazione economica prescelta per il bene, ma altresì di regolamentarne l'esercizio, variando la stessa ampiezza del dovere di diligenza e degli altri obblighi gravanti sull'usufruttuario in vista di quella programmazione ed in funzione dell'equilibrio di interessi che con essa si è raggiunto.

Le stesse considerazioni fatte con riguardo all'usufrutto valgono, *mutatis mutandis*, anche per l'uso e l'abitazione, costruiti, intorno ad un modulo di sfruttamento diretto e personale del bene e regolamentati, legislativamente, sia sotto il profilo contenutistico (artt. 1021-1024 c.c.) che sotto quello delle strumentali modalità di esercizio (art. 1025, oltre a tutte le norme relative all'esercizio del diritto di usufrutto, in forza del rinvio di cui all'art. 1026 c.c.)¹⁰⁰: si tratta di una regolamentazione non esclusiva ma che, secondo quanto si preciserà in seguito, lascia spazio all'operatività dell'autonomia contrattuale sia in termini di qualificazione della destinazione economica del bene oggetto di uso ovvero di configurazione del tipo di sfruttamento abitativo sia in termini di

⁹⁹ Sottolinea il carattere di *extrema ratio* del rimedio della cessazione dell'usufrutto per abuso, G. PALERMO, op. ult. cit., pp. 139-140, per il quale ad essa si potrà giungere solo in casi particolarmente gravi: quando il protrarsi del rapporto dell'usufruttuario con il bene implichi irreparabile pregiudizio alle ragioni della proprietà, non già quando quest'ultima riceva una sia pur rilevante lesione, altrimenti eliminabile o superabile con adeguato strumento cautelare ovvero in via risarcitoria. Sul punto, in tal senso, altresì, Pretura Tolmezzo, 24 gennaio 1997, in Resp. civ. e prev. 1998, p. 207 ss. con nota di L. Luchini, Abuso dell'usufruttuario e responsabilità extracontrattuale. Il risarcimento del danno, in particolare, non costituisce un rimedio alternativo rispetto ai rimedi cautelari o a quello estremo della decadenza ma, piuttosto, serve a completare il quadro di tutela in presenza di un'attività illecita dell'usufruttuario. Per un'applicazione concreta si veda la pronuncia della Suprema Corte (Cass, sez. un., 14 febbraio 1995, n. 1571, in Giust. civ. 1995, I, p. 3045; in *Foro it.* 1996, I, c. 216 ss.; in *Vita not.* 1996, p. 272), secondo la quale l'usufruttuario, che esegue (o che consenta siano eseguite) opere che alterino l'originaria destinazione dell'immobile oggetto del suo diritto, si rende inadempiente all'obbligazione di godere della cosa usando della diligenza del buon padre di famiglia e, essendo tenuto a risarcire il danno che ne derivi al nudo proprietario, può essere condannato al risarcimento del danno in forma specifica e, perciò al ripristino delle precedenti condizioni dell'immobile. Si rinvia, per un più ampio quadro sull'ambito ed i presupposti delle sanzioni contro i comportamenti abusivi dell'usufruttuario, oltre agli autori citati in precedenza ad A. PLAIA, voce Usufrutto, uso, abitazione, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), XIX, Torino, 1999, p. 589 ss.; nonché a L. BIGLIAZZI GERI, Usufrutto, uso e abitazione, cit., p. 271 ss.

¹⁰⁰ I limiti oggettivi della presente trattazione non consentono di permanere oltre sulla esplicazione della disciplina del diritto di uso e di abitazione, salve le aggiunte successive, e, pertanto, si preferisce un ampio rinvio alle opere di trattatistica classiche: G. PUGLIESE, Usufrutto, op. cit., p. 801 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, Usufrutto, uso e abitazione, cit., p. 301 ss.; S. ORLANDO CASCIO, voce Abitazione (diritto di), in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 94 ss.; G. PALERMO, L'uso, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, cit., p. 143 ss.; nonché ID., L'abitazione, ivi, p. 159 ss.

delimitazione dell'ambito dei bisogni o della famiglia, cui è subordinata la rilevanza della attività di uso od abitazione.

Quanto all'enfiteusi, oltre alle considerazioni già espresse in precedenza, si intende qui soltanto aggiungere che nella stessa disciplina dell'enfiteusi (specie nella sua versione originaria che offriva un'intrinseca coerenza), sono presenti molteplici norme che apprestano specifici rimedi ove si verifichi, in relazione al concreto esercizio del diritto, un'alterazione dell'originario equilibrio programmato in sede di determinazione del contenuto del medesimo: si pensi, alla norma, ora abrogata, relativa alla revisione del canone (art. 961 c.c.), ed alla norma dell'art. 972, relativa al diritto di devoluzione del fondo enfiteutico in caso di deterioramento o mancato pagamento del canone dovuto per due annualità consecutive ma, soprattutto, alla norma dell'art. 973 c.c., che lascia alle parti, in sede di regolamento dell'esercizio del diritto, la scelta di prevedere, a tutela dell'interesse del proprietario alla produttività del bene concesso, un meccanismo risolutorio (recte devolutivo)¹⁰¹ automatico destinato ad operare ove

¹⁰¹ Ritengo che la norma dell'articolo 973 c.c. individui un'ipotesi di decadenza ovvero di devoluzione convenzionale automatica del diritto di enfiteusi che opera negli stessi termini di quella legale (e della cessazione dell'usufrutto per abuso) e che, a dispetto, della terminologia utilizzata dal legislatore, non abbia alcunché in comune con la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1356 c.c. Questa disposizione, com'è noto, disciplina una delle tre fattispecie di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento, rimedio quest'ultimo che postula un contratto a prestazioni corrispettive, la cui configurabilità per l'enfiteusi appare quanto meno discutibile (sul punto, supra, § 2, nt. 29) non foss'altro che in relazione alle ipotesi di costituzione per testamento o per donazione e sempre che non si giunga addirittura ad escludere tali negozi dall'ambito dell'autonomia contrattuale in materia di enfiteusi (sembrano indicative sul punto le acrobazie concettuali compiute da G. PALERMO, *L'enfiteusi*, cit., p. 65 ss.). Né tale norma potrebbe offrire la prova del nove a sostegno della teoria di quanti configurano l'obbligo di pagamento del canone come corrispettivo in senso proprio della costituzione del diritto di enfiteusi giacché, ponendosi tale clausola risolutiva in termini di perfetta sovrapposizione operativa rispetto alla devoluzione, deve opinarsi nel senso che essa si riferisca anche all'inadempimento dell'obbligo di miglioramento, che nelle varie ipotesi ricostruttive è stato sempre riguardato come intrinseco al contenuto del diritto e giammai quale prestazione corrispettiva. A me sembra, piuttosto, che la terminologia utilizzata dal legislatore costituisca il segno esteriore di un ragionamento normativo incentrato sopra un parallelismo chiastico (la clausola risolutiva espressa sta alla risoluzione per inadempimento come la devoluzione convenzionale automatica sta alla devoluzione giudiziale), caratterizzato dall'inversione dei due termini della proporzione. Quanto si è detto resta valido sempre che non si ritenga, in linea con alcune elaborazioni dottrinali (M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 252; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale*, cit., p. 146 ss.), che la risoluzione del contratto per inadempimento (e/o per eccessiva onerosità sopravvenuta) costituisca un rimedio generale applicabile a tutte le ipotesi di inadempimento degli obblighi in cui si concreta il regolamento dell'esercizio del diritto. Infatti, a parte il rilievo che non ricorre alcuna esigenza di introdurre un siffatto rimedio per sanzionare gli inadempimenti posti in essere in sede di esercizio del diritto giacché, come si è ampiamente chiarito, il legislatore ha predisposto degli specifici rimedi in sede *materiae* (devoluzione del fondo enfiteutico, decadenza per abuso dell'usufruttuario, trasferimento del luogo di esercizio della servitù, abbandono liberatorio del fondo servente in funzione di estinzione delle prestazioni accessorie

rimanga frustrata, in sede di attuazione, la specifica programmazione convenzionale della produttività del bene, col vantaggio non solo di evitare il ricorso giudiziale alla tutela devolutiva ma altresì di estenderne l'ambito oltre i casi indicati nell'articolo 972 c.c. (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di mancato raggiungimento di un certo livello produttivo della coltura impiantata).

Quanto, invece, alla superficie, pur mancando ogni traccia nella legge di una distinzione tra contenuto del diritto (salvo il rinvio al patto contrario contenuto nell'art. 954, comma 3, rispetto all'estinzione della servitù per perimento della costruzione, che è interpretato proprio come patto modificativo del contenuto del diritto) e modalità di esercizio, data la stringatezza della relativa disciplina che si limita a fissare semplicemente il tipo, incentrato intorno al modulo di sfruttamento edificatorio del bene¹⁰², tuttavia, la migliore dottrina riconosce

divenute eccessivamente onerose per l'obbligato, etc.), in tal modo si finisce con lo snaturare la stessa essenza dei rimedi invocati giacché, ad esempio, la risoluzione per inadempimento è rimedio proprio dei contratti a prestazioni corrispettive e non sembra fondato il tentativo di configurare gli obblighi in cui si traduce il regolamento dell'esercizio del diritto in termini di prestazioni corrispettive della costituzione del diritto reale.

¹⁰² A me sembra che il tipo "superficie" sia stato unitariamente concepito dal legislatore, all'art. 952 c.c., come modulo di sfruttamento edificatorio del suolo altrui, caratterizzato, cioè, dall'attribuzione al superficiario di un potere di piena ed esclusiva utilizzazione dell'altrui fondo sotto il profilo edificatorio a prescindere dalla esistenza o meno di una costruzione determinata, che abbia formato oggetto di alienazione tra le parti. Non ritengo, infatti, di condividere i rilievi avanzati da una, sia pur autorevole, dottrina (il riferimento è a L. SALIS, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, IV, 3, Torino, 2ª ed., 1958, p. 8 ss. nonché ID., voce *Superficie* (diritto vigente), in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1977, p. 946 ss.) la quale ha, invece, ravvisato nell'ambito della disciplina dell'art. 952 c.c. tre fattispecie eterogenee: la situazione giuridica che si costituisce in capo al titolare della concessione ad aedificandum, avente come contenuto essenziale e caratteristico quello di realizzare, sopra o sotto il suolo, una costruzione (diritto di superficie in senso stretto); la situazione spettante al titolare della concessione edificatoria in conseguenza della costruzione (proprietà superficiaria in senso stretto); infine, la situazione giuridica del soggetto cui sia stata trasferita, puramente e semplicemente, la proprietà di una costruzione preesistente, separata dal suolo (proprietà separata), la quale non sarebbe accompagnata dalla costituzione a favore dell'acquirente del ius aedificandi con la conseguenza che, in tale ipotesi, distrutta la costruzione, verrà meno ogni possibilità di riedificarla. Invero, com'è stato opportunamente osservato (G. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. *Della proprietà* (Artt. 810-956), Bologna-Roma, 4ª ed., rist., 1979, p. 567 ss.; G. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, II, cit., pp. 20-21), nella prospettiva legislativa non è differente la situazione di chi ha realizzato la costruzione su suolo altrui rispetto a chi ha acquistato tale costruzione giacché entrambi i soggetti hanno la proprietà dell'edificio ed entrambi possono mantenerlo sul suolo altrui in virtù dell'attribuzione di quel potere di sfruttamento delle potenzialità edificatorie del bene di cui si è detto: diritto di costruire e diritto di mantenere la costruzione realizzata non rappresentano due situazioni giuridiche distinte ma estrinsecazioni del medesimo diritto. Il titolare del ius aedificandi ha indissolubilmente anche il diritto di mantenere la costruzione sul suolo, dopo che l'abbia compiuta. Ma non è sostanzialmente diversa la situazione di chi acquisti una

all'autonomia privata uno spazio di operatività che si estende, come per gli altri diritti reali limitati, dalla programmazione di codesto contenuto (di cui, in seguito, definirà più precisamente la portata) fino alla regolamentazione delle concrete modalità di sfruttamento in conformità allo specifico modulo, idonee sempre a realizzare il temperamento degli opposti interessi in ordine all'utilizzazione del bene¹⁰³ e, quindi, alla ripartizione delle rispettive sfere di operatività.¹⁰⁴

costruzione già esistente: egli non ha, in modo attuale, la facoltà di costruire ma il suo diritto di mantenere la costruzione sul suolo comprende potenzialmente anche il diritto di ricostruire o riparare la costruzione demolita o deteriorata, come risulta dal chiaro disposto dell'art. 954, comma 3, c.c. che, senza distinguere in ordine all'origine della costruzione, afferma che "il perimento della costruzione non importa (...) l'estinzione del diritto di superficie". Si tratta, peraltro, di una questione che presenta una notevole rilevanza sul piano pratico, apprezzabile non solo in relazione al tema, già in breve esaminato, delle regole da seguire in caso di perimento della costruzione, oggetto di proprietà separata, ma soprattutto in relazione alla determinazione del contenuto dei rispettivi poteri ed obblighi delle parti. Infatti, come si dirà più avanti, sia l'ampiezza del dovere di non ingerenza del proprietario del suolo sia quella del potere del proprietario superficario sul suolo altrui si determinano proprio in funzione dell'interesse edificatorio riconosciuto a quest'ultimo, e, quindi, risulta decisivo stabilire se tale interesse sia condizionato o meno, nel suo contenuto, dall'esistenza di una costruzione determinata.

¹⁰³ La delimitazione delle concorrenti attività di utilizzazione del suolo da parte del superficario e del concedente, realizzata in sede di programmazione del contenuto del diritto reale di superficie attraverso la previsione della tipologia costruttiva, della estensione spaziale e temporale dello sfruttamento edificatorio ovvero rimessa, in mancanza di una determinazione convenzionale, al criterio del temperamento degli opposti interessi (si rinvia alle considerazioni contenute nella nota successiva), si accompagna alla previsione di una serie di regole di esercizio, desunte in via interpretativa o espressamente disposte nel titolo, che consentano di tradurre, in sede di concreta attuazione, il relativo programma di utilizzazione, in facoltà ed obblighi corrispondenti. Così, in via interpretativa, si è sottolineato che il proprietario del suolo ha l'obbligo di permettere la costruzione e di tollerare che questa, una volta eseguita vi insista, astenendosi dal compiere lavori, anche nell'area non gravata dal diritto, che possano danneggiarla. D'altro canto, il concedente, fino a che il superficario non dichiara di voler iniziare la costruzione può mantenere eventuali costruzioni, opere, alberi o piantagioni, usare e godere del suolo ed anche cederlo ad altri ma non può modificarne lo stato impedendo l'inizio della costruzione. Per converso, il superficario, al fine di esercitare il suo diritto di costruzione, può ottenere dal concedente il passaggio o da terzi la corrispondente servitù coattiva; dovrà sopportare le spese per rendere il suolo idoneo, anche abbattendo ciò che vi si trovi e corrispondendo al proprietario il ricavato. Per un catalogo dettagliato dei diritti ed obblighi nascenti dalla superficie si rinvia alle ampie pagine di G. PUGLIESE, op. ult. cit., p. 596 ss.; nonché a G. PALERMO, op. ult. cit., p. 21 ss.; G. PASETTI BOMBARDELLA, voce Superficie (dir. priv.), in Enc. dir., XLIII, Milano, 1990, p. 1476 ss.

Estendendo l'analisi al cd. diritto vivente, va segnalata un'interessante pronuncia della suprema corte (Cass., 30 marzo 1995, n. 3804, in Giust. civ., 1995, I, p. 3015 ss.) che, in linea con le osservazioni precedenti in ordine alla necessità di delimitare, in via convenzionale od interpretativa, l'ambito delle attività di utilizzazione del proprietario e del superficario sul suolo, ha sottolineato come il *ius ad aedificandum* non possa avere un contenuto ed una estensione maggiore di quello del proprietario e, alla stregua di questo, non può estendersi allo spazio verticale sovrastante il suolo che ne è oggetto oltre il punto in cui il suo titolare può avere un apprezzabile interesse ad escludere gli altri (art. 840 c. c.), interesse che, quando si tratti del diritto di

6. – L'analisi sin qui condotta in ordine ad alcuni dei più estesi ed eloquenti ambiti di disciplina in materia di diritti reali di godimento, dalla quale è emersa la loro triplice e costante caratterizzazione in termini di agire, *actio ed actum*¹⁰⁵ ovvero sotto il profilo del tipo, del contenuto del diritto e delle modalità di esercizio del medesimo, ha consentito, da un lato, di ritenere priva di fondamento l'impostazione della dottrina tradizionale che, muovendo dall'idea che sia il contenuto del diritto reale ad identificare il tipo, sottratto alla privata regolamentazione, cui si affiancano una serie di regole di esercizio, ha risolto il problema dei rapporti tra regolamento dei diritti reali ed autonomia contrattuale, confinando quest'ultima entro il ristretto ambito del regolamento dell'esercizio del diritto e, dall'altro, di pervenire alla conclusione che essa, piuttosto, si esplica principalmente nella programmazione del contenuto del diritto reale nei limiti del tipo o modulo di utilizzazione fissato dal legislatore. Si tratta allora di chiarire in che modo ovvero attraverso quali strumenti si esplica tale programmazione e se, pertanto, si debba esaurire nell'obbligo lo strumento di cui dispone l'autonomia contrattuale al fine di realizzare il divisato regolamento.

Allorquando si è posto mano all'esame della nozione di contratto è emersa la fondamentale rilevanza che assume la disposizione dell'art. 1321 c.c., la quale, nel sancirne l'attitudine a costituire, regolare od estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale, ne mette in evidenza l'essenza di strumento di composizione e regolamento di interessi in conflitto, posto dagli stessi interessati. Ed in quella sede, muovendo dalla corretta ricostruzione della figura del rapporto giuridico come relazione di reciproca funzionalità tra situazioni giuridiche, si è già provveduto a sottolineare come il ruolo del contratto come regolamento di interessi si manifesti, secondo la citata normativa, non solo in

fare e mantenere una costruzione con dimensioni e funzioni predeterminate, deve essere in concreto accertato con specifico riferimento anche ai prestabiliti limiti del diritto del superficiario.

¹⁰⁴ In tale prospettiva, secondo G. PALERMO, op. ult. cit., p. 22, si spiegherebbe, del resto, la tendenza dottrinale e giurisprudenziale ad estendere al rapporto tra superficiante e superficiario la stessa disciplina che il legislatore detta per temperare gli interessi dei proprietari di beni immobili vicini (artt. 869 ss.) e per risolvere i problemi che possono in concreto sorgere allorché il proprietario del fondo manifesti il proposito di utilizzare lo spazio sovrastante o circostante la costruzione, ovvero il superficiario intenda utilizzare altra parte del suolo del concedente posto al di là di quello strettamente servente la costruzione al fine di esercitarvi un più comodo passaggio per erigere la costruzione stessa ovvero per accedervi, una volta che l'opera sia stata compiuta. A tal proposito, l'autore, opportunamente, osserva che la soluzione di tali problemi, lungi dall'essere ricavata dalla disciplina in tema di proprietà, il che postulerebbe la risoluzione di delicati problemi di inquadramento sistematico, va pur sempre ricercata nel fondamentale principio di temperamento degli opposti interessi in ordine al reciproco sfruttamento del bene. Sul punto, *amplius*, G. PALERMO, op. e loc. ult. cit.; e G. PUGLIESE, op. e loc. ult. cit.

¹⁰⁵ La terminologia riportata nel testo è mutuata ed autonomamente adattata alla presente trattazione da Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*.

funzione di costituzione, di modificazione ed estinzione ma anche e soprattutto di regolamentazione delle situazioni giuridiche in cui si articola la divisata relazione funzionale. Si tratta di una conclusione trascurata nella sistematica della dottrina tradizionale¹⁰⁶, la quale nel presupposto che le vicende del rapporto giuridico siano la costituzione, la modificazione e l'estinzione, ha risolto semplicisticamente, o come acutamente è stato rilevato¹⁰⁷, secondo la logica di don Ferrante, il regolamento nella modifica, non avvedendosi del fatto che il termine regolamento designa qualcosa d'altro, di più ampio ed, in ogni caso, diverso rispetto alla modifica¹⁰⁸ che apre la possibilità di ricondurre nell'ambito contrattuale fattispecie da sempre considerate con sospetto e relegate nel limbo degli "accordi non contrattuali"¹⁰⁹, categoria la cui stessa autonomia classificatoria appare quanto meno discutibile.

¹⁰⁶ Per tutti, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1987, I, p. 31 ss., il quale intende il regolare nel senso di introdurre una qualsiasi modificazione nel contenuto di un preesistente rapporto.

¹⁰⁷ Il riferimento è a R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. II, p. 11.

¹⁰⁸ Il rilievo è comune ad alcuni degli autori che si sono occupati ex professo del tema dei negozi normativi e regolamentari in genere: G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 102 ss., il quale, in tale prospettiva, rileva che il termine regolare usato dal legislatore nell'art. 1321 c.c. non si riferisce "esclusivamente a contratti che modifichino altri contratti, ma più in generale, a contratti che dettino regole per altri contratti"; F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Milano, 1980, pp. 187-188, secondo il quale una conferma normativa del fatto che la funzione dei negozi regolamentari non sia esclusivamente quella modificativa si ricaverebbe dal raffronto tra la norma dell'art. 1321 e quella dell'art. 2908 c.c.: "nel primo caso costituzione ed estinzione si accompagnano alla "regolamentazione", nel secondo, art. 2908, le citate vicende si affiancano alla "modificazione". Evidentemente per il legislatore il termine "regolare" è più ampio di "modificare", sì che regolare potrebbe significare anche "integrazione" o "anticipata previsione della disciplina" di un rapporto, sempre che questo non trovi la sua fonte nell'atto regolamentare".

¹⁰⁹ Si allude alla categoria dei cosiddetti contratti normativi con cui le parti anziché determinare di volta in volta il contenuto dei singoli contratti attraverso le trattative che normalmente ne precedono la conclusione, predispongono un "regolamento contrattuale", appunto, da valere per una serie di contratti futuri ed eventuali che potranno essere stipulati tra le parti stesse (contratto normativo bilaterale), o tra una di esse ed un terzo (unilaterale), senza peraltro obbligarsi alla loro conclusione. Orbene, come si è accennato nel testo, la dottrina classica, dimostrata l'impossibilità di conciliare l'obbligo di inserire le clausole predisposte con la libertà delle parti di addivenire alla conclusione dei relativi contratti, ha negato natura contrattuale agli accordi normativi e ha coniato per essi la categoria degli accordi non contrattuali, "caratterizzati strutturalmente dal parallelismo delle volontà, dirette tutte ad un unico risultato" (così F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo* (XIV. Contratto), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 116 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit. p. 35 ss.; nonché, in giurisprudenza, Cass., 14 dicembre 1973, n. 3399, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in generale*, atto e negozio giuridico [1740], n. 79). Per una critica puntuale alla categoria degli accordi non contrattuali, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 214 ss. D'altro canto, una parte della dottrina moderna, muovendo dal medesimo pregiudizio, ha cercato di salvare la contrattualità di siffatta categoria ora in termini di obbligatorietà dell'inserimento del regolamento concordato nei successivi contratti (in tal senso la dottrina prevalente: R.

La funzione regolamentare privata¹¹⁰ come quella ordinamentale si esprime attraverso la fissazione delle condizioni di rilevanza di altri

SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1321-1352), Bologna-Roma, 1970, p. 22 ss., il quale, invero, pur muovendo dal corretto rilievo che "il contratto può espletare la sua efficacia altresì al fine di regolare futuri contratti (rapporti)", tuttavia, esclude che in tal caso si possa attribuire ad esso un'efficacia normativa in senso stretto (contrariamente a quanto sostenuto nel testo) dovendosi piuttosto ritenere che da tali contratti derivi "il vincolo con effetto obbligatorio [c. m.] a dare a successivi, eventuali contratti, tra di essi intercorrenti, un contenuto concordato già in precedenza"; nonché, più di recente, V. RICCIUTO, La formazione progressiva del contratto, in AA. VV., I contratti in generale, in Tratt. dei contratti, diretto da P. Rescigno, cit., p. 177 ss, ove ampia bibliografia) ora in termini di realtà di siffatto inserimento che avverrebbe automaticamente alla stessa stregua dell'effetto integrativo proprio delle norme dispositive o suppletive di legge (così S. MAIORCA, Normativo (contratto), in Dig. disc. priv (Sez. civ.), Torino, 4^a ed., 1995, XII, p. 169 ss.). Solo una parte della dottrina più attenta, muovendo dalla esatta considerazione che l'efficacia traslativa e quella obbligatoria – efficacia dispositiva in senso stretto – non esaurisce l'ambito della negozialità, ha ricondotto la figura nell'ambito dei contratti regolamentari, in quanto diretti a disciplinare rapporti giuridici (eventuali e futuri) senza apportarvi alcuna modifica (F. GALGANO, Il negozio giuridico, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, I, p. 37 ss., secondo il quale l'essenza del contratto normativo sta nel fatto che le parti determinano in tutto (contratto-tipo) o in parte (contratto normativo in senso stretto), il contenuto di futuri ed eventuali contratti, che però restano libere di concludere o non concludere: solo se e quando il contratto particolare sia stato da esse concluso, il contratto normativo produrrà su di loro effetti vincolanti; e, più di recente, A. ALBANESE, Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali, in AA. VV., I rapporti giuridici preparatori, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, p. 185 ss., il quale ha sottolineato come, in tal caso, in mancanza di una volontà di assumere reciproche obbligazioni, l'efficacia del contratto normativo consisterà nella sua idoneità ad integrare il contenuto dei singoli negozi in mancanza di una volontà contraria: infatti, la parte che non voglia più stipulare alle condizioni concordate potrà sottrarsi al loro inserimento nel contratto particolare, rifiutandosi di concludere o subordinando il proprio consenso al mutamento di tali regole, non ravvisandosi in nessuna di queste ipotesi alcun inadempimento; in altri termini, resta ferma la libertà delle parti in ordine alla conclusione di siffatti contratti, "inconciliabile con qualsiasi vincolo che imponga alle stesse l'adozione del contenuto concordato nel contratto normativo").

¹¹⁰ La conclusione raggiunta in precedenza in ordine alla efficacia negoziale non dispositiva dei contratti normativi consente di rigettare la proposta ricostruttiva di F. RUSCELLO, I regolamenti di condominio, cit., pp. 41 ss. nonché 189 ss., il quale pur riconoscendo natura contrattuale ai regolamenti privati, distingue nettamente la categoria dei negozi normativi rispetto a quelli regolamentari: mentre i primi avrebbero una portata ed efficacia innovativa della realtà giuridica preesistente, ponendosi come fonte costitutiva, parziale o totale, di futuri rapporti giuridici – "in quanto dei soggetti che sin'allora erano completamente liberi di determinare, come meglio avessero ritenuto di volta in volta, il contenuto di altri negozi, si sono ora limitati reciprocamente tale libertà, impegnandosi ad osservare negli stesi talune regole, concordate mediante il contratto normativo" –, i negozi regolamentari sarebbero privi di tale efficacia costitutiva limitandosi a predisporre o modificare la disciplina di un rapporto preesistente o futuro, sempre che questo non trovi la sua fonte nell'atto regolamentare. A me sembra, piuttosto, che debba individuarsi un'unitaria funzione ed efficacia regolamentare dell'atto di autonomia privata, alla quale vanno ricondotti sia gli accordi normativi, sia i regolamenti incidenti sul contenuto dei diritti reali o di credito sia, ancora, gli accordi con cui le parti incidono in

fatti, la determinazione di qualificazioni, mediante le quali si viene a "riconnettere a questo o a quell'evento futuro o passato questa o quella conseguenza giuridica, o, ad escludere che questo o quell'evento produca questo o quell'effetto"¹¹¹ di guisa che rispetto ad essa non è più in questione l'obbligare ovvero il trasferire bensì il sussumere, il valutare la conformità di questo o quel fatto rispetto alla divisata qualificazione negoziale, consentendo il prodursi di quelle conseguenze per esso previste. A tanto autorizza il semplice e chiaro disposto dell'art. 1321 c.c., trascurato ingiustificatamente dalla dottrina tradizionale, che ha tramutato il "regolare" in "modificare", ma altrettanto trascurato dalla dottrina più moderna che preferendo, ancora una volta, alla norma il concetto, ha affidato alla categoria del negozio di configurazione – che, per uno strano gioco concettuale, è stata ricavata, in via di astrazione, dalle norme che fanno specifica applicazione della regola sancita nell'art. 1321 c.c., tra cui principalmente, quella di cui all'art. 1352 c.c.¹¹² – il compito di

varia misura sul procedimento di formazione del contratto o sulla forma del medesimo. Si tratta di una categoria unitaria che, come si dirà, risulta caratterizzata dall'assenza di contenuto dispositivo in senso stretto ovvero di capacità di innovare la realtà giuridica preesistente attraverso la previsione di regole vincolanti e avente ad oggetto la fissazione delle condizioni di rilevanza di altri fatti.

In una diversa prospettiva si muove E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 45 ss., secondo il quale, invece, la normativa regolamentare viene a porsi su un piano descrittivamente intermedio tra l'ambito del negozio giuridico e quello del diritto obiettivo. Essa costituirebbe "una modalità dell'atto autoritativo privato – caratterizzata dalla attinenza dei precetti ad una compagine di persone, la quale ne determina delle connotazioni di generalità ed astrattezza nei limiti della dimensione collettiva della materia regolata – contrapposta al comando particolare; in altri termini, troverebbe il suo fondamento in un potere che, non traendo origine immediata da un atto di autonomia del destinatario di essa, pone una norma in senso lato eteronoma rispetto ai soggetti obbligati ad osservarla.

¹¹¹ In questi termini R. SACCO, op. e loc. ult. cit.

¹¹² La disposizione in parola attribuisce ai privati il potere di stabilire la forma necessaria per la "validità" (recte rilevanza) dei loro patti. Non sembra, questa, la sede opportuna per soffermarmi sui problemi posti dal patto sulla forma, che ha interessato la dottrina sotto diversi profili (a cominciare dal valore e dalla efficacia da attribuire alla disposizione dell'art. 1352 c.c., in termini di presunzione legale ovvero di regola interpretativa; alla ricostruzione della natura giuridica del patto sulla forma, come contratto normativo o in senso lato regolamentare; alle conseguenze del mancato rispetto della forma volontaria, su cui, infra, nota 113), e, pertanto, mi limito a rinviare all'ampia ed aggiornata analisi condotta da F. DI GIOVANNI, *La forma*, in AA. VV., *I contratti in generale*, t. II, cit., p. 767 ss.; nonché da R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 716 ss. Mi preme, piuttosto, sottolineare come la norma in parola sia stata considerata dalla dottrina più attenta come il referente normativo fondamentale per autorizzare l'intervento privato sulla struttura in senso lato dell'atto giuridico ed, in specie, del contratto giacché "l'aspetto formale di un atto, probabilmente non si esaurisce nella scelta tra la forma scritta o quella orale, ovvero nella possibilità di aggravare la struttura formalmente più debole, bensì si estende a ricomprendere le stesse modalità attuative del fatto, cui poi la norma riconnetterà effetti giuridici" (così U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 117). L'idea che tale disposizione esprima "un principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto" (così Salv.

rappresentare quella negozialità che non si esprime in termini di efficacia obbligatoria o reale.¹¹³ Ma a noi, per dirla con Giustiniano,

ROMANO, Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato, cit., p. 77) è condivisa dalla maggior parte degli autori che si sono occupati ex professo della formazione del contratto (oltre al già citato Salvatore Romano, G. BENEDETTI, Dal contratto al negozio unilaterale, cit., pp. 36 e 149; G. PALERMO, Contratto preliminare, Padova, 1991, p. 108 ss.; U. LA PORTA, Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 529 ss.).

¹¹³ L'utilità della categoria del negozio di configurazione è stata difesa con particolare vigore da G. PALERMO, Contratto preliminare, Padova, 1991, p. 108 ss. (e, sulla scorta di questi, da U. LA PORTA, Accordi sulla forma, cit. e ID., Il problema della causa del contratto, cit., p. 88 ss.) il quale, nella sua costruzione, ha sviluppato alcuni spunti offerti dalla dottrina tradizionale (p. 109, nt. 27). L'autore ne ha fatto principalmente applicazione in relazione al contratto preliminare (di vendita) che è stato riqualificato in termini di negozio configurativo, al fine di superare l'ostacolo della inderogabilità dell'art. 1376 c.c., considerata come norma di ordine pubblico posta a presidio della certezza e sicurezza dei traffici, a salvaguardia delle esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi, che "un sistema di trasferimento rigorosamente tipizzato impone di rispettare". Una volta che il legislatore – a conclusione di un lungo processo storico che ha visto progressivamente scomparire la dicotomia tra *titulus* e *modus acquirendi* – ha attribuito allo scambio delle promesse a carattere impegnativo il valore di atto formale idoneo a produrre anche l'investitura *ex re*: il contratto traslativo causale non si pone più semplicemente come *regula iuris* tra le parti, ma rileva come indice dell'intervenuto trasferimento, risultando il sistema contrassegnato da "una costante corrispondenza tra le specifiche manifestazioni di volontà, espressive dell'assetto di interessi voluto dalle parti, e gli indici, oggettivamente determinati, della circolazione giuridica". In conclusione, in forza del carattere inderogabile dell'art. 1376 c.c., per la dottrina de qua, promettere di vendere è già vendere e irretrattabilmente trasferire; sicché solo al di fuori degli schemi consensualistici, attraverso il ricorso ad un procedimento di contrattazione *cd. reale*, di cui il contratto preliminare, riletto in chiave di negozio di configurazione, costituisce il primo atto, ed a cui è riconosciuta "funzione determinativa della causa delle future attribuzioni patrimoniali", è possibile superare l'impasse in cui altrimenti inevitabilmente si cadrebbe. Questa ricostruzione, che ha il pregio di porre su basi nuove il problema della ammissibilità di una scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* nel nostro ordinamento, non convince pienamente. L'affermazione della inderogabilità dell'art. 1376 c.c., sia pure nei limiti in cui è contenuta dalla proposta ricostruttiva esposta, si rivela soverchia, viziata da un eccesso di garantismo, ingiustificato alla luce della considerazione che il sistema positivo, a ben vedere, è dotato degli strumenti idonei a rendere conoscibile a i terzi la posizione che le parti rivestono all'interno di una vicenda traslativa. Invero non si comprende la ragione per cui tale dottrina, che ha mostrato in altre occasioni di avere particolarmente a cuore la salvaguardia e valorizzazione dell'autonomia contrattuale (tanto che si è preoccupata di ribadire la protezione di cui essa gode a livello costituzionale) arrivi poi ad una conclusione così radicale, come quella che nega la possibilità di dissociare la promessa impegnativa dall'atto traslativo, sia pure giustificandola con ragioni di prevalente tutela degli interessi dei terzi. Sicuramente tali ragioni non possono e non debbono essere trascurate, ma la risposta ad esse non va rintracciata nel porre a monte un limite invalicabile all'autonomia privata nella regolamentazione dei propri interessi secondo gli schemi reputati più consoni in relazione alle esigenze avvertite in concreto, ma va piuttosto ravvisata nei meccanismi pubblicitari predisposti dal legislatore per rendere conoscibili le vicende relative alla circolazione dei beni e identificare, di conseguenza, chi sia il proprietario del bene in un determinato momento. A ciò risponde oggi adeguatamente la trascrizione del contratto preliminare di vendita, che è lo strumento di cui le parti dispongono per "mediare l'acquisto di un determinato bene attraverso un vincolo meramente

piace più il semplice del complicato. Orbene, così come attraverso il patto sulla forma (art. 1352 c.c.) i privati stabiliscono una determinata forma come condizione di rilevanza delle loro future manifestazioni di volontà contrattuale, recte precontrattuale, di guisa che quelle comunicate in forma diversa restano inqualificate, inidonee a produrre tra le parti gli effetti che l'ordinamento vi ricollega in quanto atti prenegoziali e, cioè a perfezionare il contratto¹¹⁴, allo stesso modo nel programmare il contenuto dei diritti reali, nei limiti del tipo o modulo di utilizzazione predisposto dal legislatore, i contraenti, alla stessa stregua di quanto si è detto discorrendo del regolamento legislativo, non fanno altro che individuare le azioni giuridicamente riconducibili in quel

obbligatorio", per dar luogo, all'interno dei contratti traslativi, ad una procedimentalizzazione dell'effetto attributivo. Un contratto preliminare, che nelle recenti impostazioni dottrinali e giurisprudenziali viene ricostruito come vendita obbligatoria, da cui scaturisce a carico del venditore l'obbligazione di trasferire la proprietà. Va detto, infine, che ciò che è bizzarro e rende ancor meno plausibile la conclusione della dottrina richiamata sulla inderogabilità dell'art. 1376 c.c. come norma di ordine pubblico è la circostanza che essa non preclude affatto alle parti la possibilità di incidere sul meccanismo di trasferimento dei diritti realizzando quella scissione che sembrava essere stata negata in radice. L'espedito adottato consiste nel collocare tale scissione fuori dall'art. 1376 c.c., ricorrendo a pattuizioni che, inserite in schemi procedimentali estranei allo scambio delle promesse a carattere impegnativo, non risultano assoggettate alla disciplina che la norma in esame prevedrebbe inderogabilmente. Alla luce di ciò appare ancora più oscura la ragione per cui la dottrina di cui si è esposto il pensiero prima si crea un ostacolo, poi lo aggira: così dopo aver negato la possibilità di ricostruire il contratto preliminare come vendita obbligatoria, arriva allo stesso risultato con l'applicarvi lo schema del negozio di configurazione, al quale è assegnata la funzione di determinare la causa di futuri congegni delle parti, dalla cui combinazione, soltanto, scaturirebbe l'effetto traslativo.

¹¹⁴ Ritengo che una volta che sia stato correttamente ricostruito il contenuto del patto sulla forma in termini di regolamento privato, debba essere prospettata alla stregua di una inqualificazione sub specie negotii l'inosservanza della forma nel successivo contratto, salvo che risulti una nuova manifestazione di volontà, anche implicita, purché inequivoca, modificativa del precedente patto regolamentare, nel senso di attribuire rilevanza anche alla nuova forma. In un analogo ordine di idee, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 459, il quale, identificata correttamente la funzione regolamentare del patto sulla forma, parla di "inesistenza convenzionale" alludendo al carattere proprio di inqualificazione che la dottrina tradizionale ha riferito all'inesistenza. La dottrina più moderna (F. DI GIOVANNI, *La forma*, cit., p. 798 ss.), peraltro, si è preoccupata, opportunamente, di precisare il concetto di inesistenza convenzionale, al fine di depurarlo da possibili fraintendimenti circa un'ingerenza della volontà dei privati nei processi di qualificazione giuridica riservati all'ordinamento: "non si tratta di una irrilevanza del negozio alla stregua dell'ordinamento obiettivo, ma di irrilevanza alla stregua del patto sulla forma, nel senso che le parti potranno, valendosi del patto, considerare il negozio difforme tamquam non esset". Tale qualificazione mi sembra più corretta della discussa (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 247 ss.), ma attualissima, categoria della nullità relativa invocata dalla dottrina tradizionale (M. GIORGIANNI, *Forma degli atti giuridici* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, p. 1003; e R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, cit., p. 270); nonché di quella neutra di inefficacia, adottata da A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, pp. 101 e 193) che tace in ordine alla causa di tale inefficacia.

modulo reale e idonee ad esprimere il valore dello specifico diritto, le azioni in cui si svolge la relazione di reciproca funzionalità tra la situazione di vantaggio e quella di limite con la conseguenza già esposta che tutte le azioni non qualificate restano irrilevanti, in quanto inidonee ad esprimere quel modulo di utilizzazione. In conclusione, dalle osservazioni che precedono sembra che possa individuarsi un'unitaria funzione ed efficacia regolamentare dell'atto di autonomia privata, alla quale vanno ricondotti sia gli accordi normativi, sia i regolamenti incidenti sul contenuto dei diritti reali o di credito¹¹⁵ sia, ancora, gli accordi con cui le parti incidono in varia misura sul procedimento di formazione del contratto o sulla struttura in senso lato del medesimo. La categoria dei negozi regolamentari risulta caratterizzata dall'assenza di contenuto dispositivo ovvero di capacità di innovare la realtà giuridica preesistente, attraverso la previsione di regole vincolanti, e destinata a fissare semplicemente le condizioni di rilevanza di altri fatti od attività.

7. - Si è già avuto modo di porre in evidenza come, in materia di servitù, in mancanza di un regolamento legale, sia rimessa direttamente ed esclusivamente all'autonomia privata la configurazione del contenuto della servitù nel senso che ad essa spetta di determinare la specifica categoria di azioni in cui si manifesta di volta in volta lo sfruttamento della destinazione di servizio del bene. Così nel costituire una servitù di passaggio i contraenti possono programmare il contenuto della servitù non già limitandosi semplicemente a indicare nel passaggio l'azione

¹¹⁵ Trascurando, in questa sede, il dibattutissimo tema della natura giuridica della *datio in solutum*, ricostruita da taluni (per tutti, S. RODOTÁ, *Dazione in pagamento* (diritto civile) in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 737 ss.) come contratto solutorio, avente ad oggetto l'estinzione satisfattiva del credito e da altri (A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 98 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1230-1259), Bologna-Roma, 1975, p. 90 ss.; nonché G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 613 ss., specie 630) in termini di contratto regolamentare ovvero modificativo del contenuto del rapporto obbligatorio, non sembra possano sorgere dubbi circa la natura essenzialmente regolamentare del contratto con il quale si conceda al debitore una facoltà alternativa di guisa che egli si possa liberare con l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta ovvero si conceda al creditore analoga facoltà alternativa sicché questi possa esigere una prestazione diversa; o ancora, si ritenga, di comune accordo, di valore equivalente a quella dovuta e, comunque, idonea ad estinguere l'obbligazione, una diversa prestazione. Emerge chiaramente, in tal caso, l'assenza di un contenuto precettivo e vincolante del contratto stipulato dalle parti del rapporto obbligatorio, le quali mirano semplicemente ad attribuire rilevanza, nel contesto di tale rapporto, ad attività giuridiche distinte rispetto a quelle originariamente individuate come idonee a realizzare il credito od attuare il contenuto dell'obbligo.

giuridicamente rilevante ma fissando, altresì, le condizioni (di tempo, luogo etc.), alle quali resta subordinata la rilevanza del comportamento del titolare del fondo servente: possono qualificare in termini di servitù, con tutto ciò che ne deriva in ordine alla relativa inerenza e alla possibilità di invocare la tutela per tale diritto predisposta dall'ordinamento, il passaggio in certe ore del giorno, su una certa estensione del fondo, con certe modalità piuttosto che altre con la conseguenza che tutte le attività di passaggio che non siano riconducibili nell'ambito della qualificazione negoziale restano irrilevanti, inqualificate in termini di servitù di passaggio, inidonee a configurare – si lasci l'uso del termine, depurato, naturalmente della carica dogmatica di cui taluno l'ha caricato – lo specifico potere attribuito con quel tipo di diritto reale e, quindi, ad attivare la disciplina per esso prevista impedendo, ad esempio, l'estinzione del diritto per prescrizione (art. 1076 c.c.).

Con riguardo al diritto di usufrutto, come si è anticipato, la programmazione del contenuto del diritto si manifesta nella fissazione della specifica destinazione economica del bene, al cui rispetto è tenuto l'usufruttuario, di guisa che in conseguenza di essa viene attribuita giuridica rilevanza in termini di usufrutto alle sole azioni coerenti con tale destinazione. La stessa inceditività dell'usufrutto può essere apprezzata come "conseguenza della conformazione della destinazione del bene"¹¹⁶: essa, infatti, giustificata in quelle ipotesi in cui la scelta della persona dell'usufruttuario (si pensi ad esempio alle spiccate qualità imprenditoriali di un determinato soggetto idonee a garantire il nudo proprietario la conservazione dell'efficienza produttiva di un'azienda particolarmente complessa ed articolata, concessa in usufrutto) sia determinante in ordine al mantenimento della destinazione medesima, si traduce nella fissazione di una condizione soggettiva alla quale resta subordinata la rilevanza dell'attività di sfruttamento della specifica destinazione economica del bene con la conseguenza di ritenere idonee a configurare il modulo di utilizzazione in cui l'usufrutto si esprime le sole attività di utilizzazione, coerenti con la fissata destinazione, riconducibili ad un certo soggetto, in favore del quale è stata operata la costituzione del diritto. In altri termini, l'interesse del proprietario al rispetto della destinazione economica impressa al bene opera in questo caso nel senso di delimitare ulteriormente le attività di utilizzazione giuridicamente rilevanti dell'usufruttuario riducendole alla sola utilizzazione diretta, coerente con la destinazione impressa, con esclusione dello sfruttamento del valore di scambio del bene. In questa prospettiva si comprende come il divieto convenzionale di cessione dell'usufrutto, come strumento della programmazione della destinazione economica del bene, ne condivide la natura regolamentare e quindi non può essere svalutato alla stregua di

¹¹⁶ Così E. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 91.

un mero obbligo di non alienare, la cui violazione produca semplicemente conseguenze risarcitorie ma è idoneo ad incidere, escludendola, sulla legittimazione a disporre dell'usufruttuario di guisa che l'atto di alienazione compiuto in violazione del divieto resta incapace di produrre l'efficacia sua propria¹¹⁷. Né ritengo che, a tale fine, sia necessario che il relativo divieto risulti dalla nota di trascrizione del titolo costitutivo, ove si tratti di usufrutto immobiliare, come è stato sostenuto da chi¹¹⁸, mosso da un impulso di tutela, peraltro eccessiva e immotivata, dei terzi, ha finito col conferire alla trascrizione una funzione costitutiva dell'opponibilità della situazione giuridica che essa, come si è avuto più volte occasione di precisare, non ha, e legittimando

¹¹⁷ In un ordine di idee assai vicino a quello espresso nel testo, M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, s.d. ma 1956, p. 36 ss., secondo il quale l'art. 980 offrirebbe un esempio di contratto ad efficacia impeditiva della vicenda traslativa in quanto il patto di inalienabilità farebbe diventare giuridicamente impossibili gli atti di alienazione del bene. Una simile conclusione è stata espressa dalla dottrina prevalente in termini di efficacia reale e non meramente obbligatoria del divieto di cessione dell'usufrutto (così, oltre a E. BOCCHINI, op. e loc. ult. cit., G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., p. 441; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 11 ss. e ora, ID., *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 103 ss.; B. GRASSO, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. PERLINGIERI, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1469), sub art. 1379, t. I, 2ª ed., Napoli, 1991, p. 590 ss.; G. VETTORI, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in AA. VV., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, t. V, Torino, 2002, p. 97 ss.), considerata perfettamente in linea con la ricostruzione dell'evoluzione storica della disciplina dell'usufrutto giacché, sotto il vigore del codice abrogato (art. 492), in ossequio alla tradizione romanistica che riteneva l'usufrutto caratterizzato dall'intuitus personae, era riconosciuta la sola cedibilità dell'esercizio e non della titolarità dell'usufrutto. Tuttavia, di fronte all'ammissione ad opera della prassi con l'avallo della elaborazione dottrinale la cedibilità della stessa titolarità dell'usufrutto (sul punto, G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., p. 756 ss.), il legislatore del 1942 si sarebbe mosso nel senso di ripristinare, almeno in termini di possibilità riconosciuta all'autonomia privata, l'originaria incedibilità dell'usufrutto (così, D. BARBERO, *L'usufrutto*, Milano, 1952, p. 460 ss.) con la conseguenza di ritenere sottratto il divieto in parola ai limiti (temporali, funzionali ed effettuali) sanciti nell'art. 1379., che si configurerebbe come "regola sussidiaria, da applicare quando non entrino in gioco altre disposizioni, che, a dir il vero, le sottraggono la casistica più frequente e praticamente più scottante" (R. SACCO, op. ult. cit., p. 105).

¹¹⁸ Il riferimento è a E. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 91, il quale, tuttavia, arriva a tale conclusione sulla base di una premessa contraddittoria fondata sull'osservazione secondo cui l'incedibilità dell'usufrutto "non si struttura come effetto distinto dall'effetto costitutivo del diritto, ma si compenetra in questo come elemento dell'unico – inscindibile – effetto negoziale: la vicenda costitutiva di un diritto di usufrutto incedibile e cioè di un diritto non idoneo ad essere ceduto. Questa è la ragione più profonda per cui il divieto deve essere incorporato nel titolo costitutivo dell'usufrutto con il quale è soggetto a pubblicità". Tale affermazione tuttavia non impedisce all'autore di sostenere con rilievi che, pur muovendo da diversa prospettiva, ritengo di condividere, che la statuizione del divieto di cessione possa essere anche successiva alla costituzione dell'usufrutto, rispetto al quale il patto si pone come fonte di una vicenda modificativa del diritto, contemplata, peraltro, dall'art. 2643 n. 2 c.c., che va trascritta. Critici, sul punto, sia L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., p. 154 ss., sia F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 189 ss.

la censura critica in termini di parzialità della ricostruzione giacché non si chiarisce se ed in che modo "l'efficacia reale" del divieto riguardi anche l'usufrutto di beni mobili¹¹⁹. Invero, già scorrendo delle obbligazioni *propter rem* (ma sul punto si ritornerà oltre), si è osservato come l'esigenza di porre l'acquirente in condizione di conoscere l'esistenza del regolamento relativo al contenuto come alle modalità di esercizio del diritto reale, trasferito o costituito, non ha ragion d'essere e, meno che mai, può essere affidata alla trascrizione, il cui compito si esaurisce nella garanzia della opponibilità del titolo di acquisto rispetto ad altri incompatibili¹²⁰: chi acquista un diritto reale, sia esso mobiliare che immobiliare, piuttosto, ha l'onere di consultare il titolo del dante causa al fine di accertarsi dell'ambito entro il quale il diritto esiste e può essere fatto valere nonché degli eventuali obblighi accessori rispetto alla situazione reale, idonei a garantire il mantenimento dell'assetto di interessi programmato anche in sede di attuazione. E se a tanto non provvede, imputet sibi in quanto non potrà invocare inerenza e tutela reale per quelle azioni giuridicamente non rientranti nel contenuto del diritto.

Una analoga possibilità di delimitare, in maniera altrettanto considerevole, le attività di utilizzazione giuridicamente rilevanti del titolare del diritto reale limitato, riducendole alla sola utilizzazione diretta, con esclusione dello sfruttamento del valore di scambio, non è riconosciuta nell'ambito della disciplina relativa all'enfiteusi, caratterizzata, come si è già avuto modo di rilevare, da una certa rigidità del regolamento del contenuto come dell'esercizio dal diritto¹²¹ in considerazione del fatto che il modulo di utilizzazione produttiva del bene in cui è racchiuso il tipo "enfiteusi", presenta notevole rilevanza in termini di valore tutelato e perseguito dall'ordinamento giuridico (specie quello corporativo fascista che ha ispirato norme come l'art. 1322 c.c. ovvero l'art. 2088 c.c.): il legislatore ha previsto, infatti, che nel caso di alienazione compiuta contro il divieto convenzionale, "l'enfiteuta non è liberato dai suoi obblighi verso il concedente ed è tenuto a questi solidalmente con l'acquirente" con ciò lasciando intendere che mentre

¹¹⁹ Si allude ai rilievi critici di A. CHECCHINI, Il divieto contrattuale di alienare (art. 1379 c.c.), in AA. VV., Il contratto in generale, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, XIII, t. V, cit., p. 303.

¹²⁰ Non sembra essere di questo avviso F. GAZZONI, op. e loc. ult. cit., il quale, probabilmente indotto dalla tradizionale limitazione degli effetti contrattuali a quelli reali od obbligatori, nel presupposto della efficacia reale del patto di inalienabilità in termini di vincolo di indisponibilità del diritto reale di usufrutto, ne ipotizza un'autonoma trascrizione contro l'usufruttuario ed in favore del concedente.

¹²¹ Non è, infatti, un caso che, per la sola enfiteusi il legislatore si premuri di fare un catalogo delle disposizioni inderogabili, che, come si è già osservato, non sono affatto disposizioni che identificano il tipo quanto piuttosto norme in cui è racchiuso il regolamento legale del diritto di enfiteusi, sia in termini di programmazione del contenuto del diritto (si pensi, per tutte, alla norma dell'art. 958 c.c. che individua un limite alla conformazione temporale del diritto di enfiteusi) sia in termini di regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto (l'abrogato art. 961 c.c. sulla revisione del canone)

l'atto di alienazione è idoneo a produrre la sua efficacia immediatamente dispositiva, l'esigenza di realizzare il contemperamento tra l'interesse del concedente, indotto alla costituzione dell'enfiteusi dalla fiducia nutrita nelle qualità dell'enfiteuta e l'interesse all'oggettivo miglioramento fondiario viene perseguita attraverso la moltiplicazione del numero dei soggetti tenuti agli obblighi enfiteutici verso il concedente, attraverso la previsione della responsabilità solidale del nuovo enfiteuta rispetto al precedente¹²².

Un discorso diverso ed, anzi, opposto, va condotto, invece, per i diritti reali d'uso e di abitazione, costruiti storicamente e positivamente, come si è in più occasioni rilevato, su un modulo di utilizzazione diretta ed immediata del bene di guisa che, come emerge dalla disciplina normativa, pur libera l'autonomia contrattuale di conformare la destinazione economica del bene oggetto di uso ovvero di configurare l'estensione dello sfruttamento abitativo o, ancora, di delimitare l'ambito dei bisogni e/o della famiglia in relazione ai quali subordinare la giuridica rilevanza delle rispettive attività di sfruttamento, ad essa resta inibita, pena il superamento del fondamentale limite tipologico, la qualificazione in termini di diritto di uso ed abitazione delle attività di utilizzazione indiretta o mediata del bene, checché ne dica la giurisprudenza più progressista¹²³: che il divieto di cessione del diritto di uso ed abitazione non sia posto a tutela di interessi pubblici ma miri semplicemente a realizzare l'interesse del proprietario non aveva certo bisogno di essere chiarito da un interprete solerte più degli altri, dal momento che, come si è già rilevato, il contenuto di tutti i diritti reali limitati costituisce l'espressione dell'equilibrato contemperamento dell'interesse del titolare rispetto a quello del nudo proprietario in ordine alla utilizzazione del medesimo bene. Ma il punto non è questo quanto, piuttosto, quello di dover riconoscere nel modulo tipologico del singolo diritto reale il limite fondamentale all'operatività dell'autonomia contrattuale¹²⁴ nella programmazione del relativo contenuto come nel regolamento delle modalità di esercizio.

¹²² Sul punto, E. BOCCHINI, Limitazioni convenzionali, cit., p. 98., il quale si esprime in termini di "efficacia complessa" del divieto di alienazione in parola, ma in ogni caso non reale. Escludono, altresì, l'efficacia reale del patto di inalienabilità dell'enfiteusi, G. PALERMO, L'enfiteusi, cit., p. 90; R. TRIFONE, Dell'enfiteusi, cit., p. 77 ss. Per l'efficacia reale, invece, si schiera S. ORLANDO CASCIO, voce Enfiteusi, cit., pp. 934-941.

¹²³ Il riferimento è, in particolare, alle pronunce di Cass., 25 marzo 1960, n. 637, in Foro it., 1960, I, c. 756 ss.; Cass., 18 ottobre 1961, n. 2217, ivi, 1962, I, c. 59 ss., con nota di A. Branca; Cass., 13 settembre 1963, n. 2502, in Giust. civ., 1963, I, p. 2292; Cass., 31 luglio 1989, n. 3565, in Rep. Foro it., 1989, voce Usufrutto [6940], secondo le quali "il divieto di cessione dei diritti di uso e di abitazione, sancita dall'art. 1024 c.c., non è di ordine pubblico e pertanto può essere oggetto di deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario (costituente) e l'usuuario, senza che la stessa possa desumersi, implicitamente, per il solo fatto che questo ultimo, violando la norma, ceda il suo diritto a terzi".

¹²⁴ Si tratta di una conclusione condivisa dalla gran parte della dottrina che si è occupata ex professo di tale categoria di diritti, la quale ha concluso nel senso che la

Nella proposta ricostruttiva adottata, dunque, in cui la programmazione dei diritti reali si estrinseca, innanzitutto, nella configurazione delle attività giuridicamente rilevanti in termini di utilizzazione del bene, come si è avuto modo di constatare dal rapido esame testé condotto, l'obbligazione, considerata dalla dottrina tradizionale come lo strumento esclusivo della regolamentazione del contenuto dei diritti reali secondo autonomia, mantiene uno spazio residuale di operatività. Essa, consentendo di garantire la perfetta corrispondenza tra programmazione e attuazione del contenuto del diritto reale, come *trait d'union* tra potere di utilizzazione e suo esercizio, è destinata non già ad integrare ma a completare il regolamento legale o convenzionale del diritto, sotto il profilo delle concrete modalità di esercizio e, quindi, a tradurre in atto il programma di utilizzazione convenuto attraverso regole di condotta concrete che si impongono nei rapporti tra i titolari dei due diritti reali sul medesimo bene. Del resto, tale obbligazione, se e nei limiti in cui serva a regolare in un certo modo la coesistenza od interferenza delle attività di utilizzazione dei due soggetti del rapporto reale, "deve necessariamente camminare con essi"¹²⁵. In altri termini, il vincolo che nasce ed è chiuso tra i due iura in re, al fine di rendere possibile l'esercizio ed agevolare l'uso del bene in vista del concorrente diritto di altri, è *propter rem* e ne segue le sorti. Tali affermazioni, invero, non costituiscono un tentativo spensierato di legittimare l'autonomia privata ad introdurre indiscriminatamente vincoli reali atipici gravanti sulla proprietà e finalizzati ad imprimervi una certa destinazione nell'interesse generale¹²⁶ quanto, piuttosto, mirano a fondare, esclusivamente, il

rilevanza che le parti attribuiscono, nella costituzione di un diritto d'uso o d'abitazione, all'attività di utilizzazione diretta o mediata del bene non solo o non soltanto si tradurrebbe in una nullità o, comunque, in un'assoluta inopponibilità del relativo patto (G. PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., p. 832; A. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, cit., p. 358) ma impedirebbe, in ogni caso, la riconduzione di tali diritti nei tipi contemplati dalle norme degli artt. 1021 e 1022 c.c. e dovrebbe condurre alla loro qualificazione in termini di usufrutto (così S. ORLANDO CASCIO, *Abitazione (diritto di)*, cit., p. 101; G. PALERMO, *L'uso*, cit., p. 152) ovvero di diritto di natura personale (comodato o locazione) o, ancora, di diritto reale atipico, per chi ne ammetta la costituzione (L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto*, cit., p. 303, n. 15). Sul punto, più di recente e muovendo da una prospettiva concreta di risoluzione dei problemi notarili di carattere redazionale sollecitati dalle pronunce sopra richiamate, C. CACCAVALE - A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Consiglio nazionale del notariato, studio n. 2344, in *Notariato*, 2001, p. 205 ss.

¹²⁵ Così G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 63.

¹²⁶ In tal senso, invece, L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 62 ss., secondo la quale l'apertura all'incidenza dell'autonomia privata del settore delle obbligazioni *propter rem* è utile in vista "del soddisfacimento (in piena sintonia con la funzione sociale della proprietà, di cui all'art. 42, comma 2, e dell'iniziativa economica privata, ex art. 41, comma 2, Cost.) di esigenze socio-urbanistiche e/o a tutela del contesto ecologico o della stessa salute di una collettività (artt. 9, 32 Cost.): si pensi, ad esempio, all'obbligo assunto dal compratore di non destinare l'immobile ad un determinato uso industriale; di mantenere, mediante opere e piantagioni, l'argine di un fiume; di destinare l'area acquistata a villini aventi date

potere dei privati di completare il regolamento del contenuto del diritto reale limitato attraverso la previsione di obblighi che si pongono come il riflesso, in sede di attuazione, della corrispondente limitazione programmata, destinata ad influire, per tale strada, sulle modalità di esercizio del diritto, quale criterio dell'agire concreto del titolare nei rapporti con l'altro soggetto interessato all'utilizzazione del bene. Una simile soluzione, del resto, risulta confermata dalla disciplina positiva contenente la previsione di figure tipiche di obbligazioni *propter rem*¹²⁷,

caratteristiche; di destinare una parte dell'area a giardino (per ulteriori casi, ricavati, in gran parte, dal materiale giurisprudenziale del primo quarantennio del novecento si rinvia a G. GANDOLFI, *Onere reale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 138; nonché a C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., p. 137-138). L'utilità, del resto, sarebbe tanto più evidente, secondo l'autrice, in quanto una simile apertura resterebbe pur sempre sottoposta ad un attento controllo circa l'esistenza di quell'interesse meritevole di tutela, al quale l'art. 1322, comma 2, c.c. subordina la validità, sotto il profilo causale, del contratto e, con esso, della singola clausola che prevedesse l'obligatio. La circostanza, poi, che il mutamento di rotta giurisprudenziale circa l'ammissibilità di obbligazioni *propter rem* atipiche (per tutte, Cass., 18 gennaio 1951, n. 151, in *Giur. it.*, I, 1, c. 29 ss.), nate nella pratica come risposta ad un'interpretazione eccessivamente restrittiva del modello della servitù, abbia inciso in senso inverso rivalutando, appunto, il ricorso a tale diritto reale tipico, farebbe apparire, secondo l'autrice, alquanto discutibile il *modus procedendi* dell'operatore del diritto, il quale, esclusa la necessità di un controllo di meritevolezza di tali fattispecie, si "limita ad accettar[le] "a scatola chiusa" solo per la tipicità del mezzo utilizzato". Nella medesima direzione, nel senso, cioè, di riconoscere l'ammissibilità di fattispecie atipiche di obbligazioni *propter rem*, da sottoporre al necessario vaglio di meritevolezza, si colloca anche M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali ed autonomia contrattuale*, cit., p. 438 ss. Ribadendo conclusioni già in precedenza raggiunte, a me sembra, invero, che il problema dell'ammissibilità di vincoli di destinazione gravanti atipicamente sulla proprietà vada impostato correttamente, più che in termini di conformità o contrarietà ai principi dell'ordine pubblico (che trova, appunto, la sua principale espressione nei precetti e programmi racchiusi nella nostra carta fondamentale), verificando attentamente se essi si traducano in figure di qualificazione nuove, rispetto alle quali il contratto si rivela strumento tecnicamente inadeguato o, piuttosto, in limitazioni intrinseche alla investitura del titolare nel diritto di proprietà, conseguito per effetto del trasferimento, limitazioni costituenti "il riflesso del dato causale sull'assetto degli effetti derivanti dal contratto" e idonee a realizzare un fenomeno di funzionalizzazione rispetto all'attuazione di interessi diversi da quelli normalmente soddisfatti attraverso il pieno sfruttamento delle potenzialità del diritto conseguito. In tale ultimo senso, U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 144 ss., al quale si rinvia per più ampi ragguagli.

¹²⁷ Si pensi, ad esempio, in tema di enfiteusi, agli obblighi, gravanti sul titolare del diritto reale limitato, di pagare il canone e di migliorare il fondo che, come si è avuto modo di rilevare al precedente § 3, nota 34, traducono sul piano della relazione giuridicamente rilevante tra concedente ed enfiteuta e, quindi, in termini di regole di esercizio, lo specifico modulo di utilizzazione produttiva del fondo, che concreta il tipo "enfiteusi" (in tal senso, nella manualistica, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., p. 574; ma il punto è controverso in dottrina: per una soluzione diversa, si veda A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 480). Si pensi, ancora, agli obblighi *ob rem* gravanti sull'usufruttuario nei confronti del proprietario a titolo di pagamento dei carichi annuali gravanti sul reddito ovvero agli altri obblighi, costituenti la tipizzazione legislativa del dovere generale di diligenza posto a carico del primo, sui quali ci si è soffermati nel precedente § 5; nonché, alle prestazioni accessorie alla servitù ex art. 1030 c.c., fattispecie, queste, accomunate alle precedenti, come si dirà, dal fatto di

nella quale esse, come è stato acutamente posto in rilievo, rivelano una linea comune, costituita dal fatto di svolgere una "funzione strumentale rispetto a due iura in re concorrenti sul medesimo bene"¹²⁸. La circostanza, poi, che tali obbligazioni si inseriscono nel regolamento dispositivo dell'esercizio del diritto reale, consente di risolvere agevolmente anche il problema della loro trascrivibilità in quanto esse, come tali, saranno rese pubbliche ed opponibili con la trascrizione dell'atto. Né, del resto, sarebbe necessaria od opportuna, come proposto da taluno¹²⁹, la semplice menzione nella nota di trascrizione della specifica obbligazione propter rem giacché questa "sarebbe impossibile ed in ogni caso insufficiente": impossibile in quanto tale formalità è prevista esclusivamente in ipotesi tassative, individuate dall'art. 2659, ult. comma, c.c.; insufficiente perché l'acquirente del diritto reale limitato troverebbe trascritta "a favore" del dante causa solo la costituzione del diritto e non già un'obbligazione "contro", di cui non potrebbe, dunque, venire a conoscenza con immediatezza¹³⁰. La verità è che in tal caso, come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, non si pone quella stringente esigenza di porre il terzo in condizione di conoscere l'esistenza di un vincolo atipico a carico della proprietà¹³¹ in quanto, in presenza di una previsione normativa che autorizza l'autonomia privata a completare il regolamento dell'esercizio del diritto reale limitato, il terzo ha l'onere di accertarsi, attraverso la consultazione del titolo trascritto, dell'ambito entro il quale il diritto esiste e può essere fatto valere. Resta fermo, tuttavia, che ove l'obbligazione sorga per effetto di un regolamento delle modalità di esercizio del diritto reale limitato, non contenuto nell'atto di costituzione del diritto ma pattuito successivamente, si è in presenza di un contratto modificativo di quello originario e come tale trascrivibile autonomamente ai sensi dell'art. 2643 n. 2 o 4 c.c.¹³²

essere previste al fine di regolare la concorrenza delle attività di utilizzazione del medesimo bene da parte dei soggetti del rapporto reale.

¹²⁸ L'espressione si deve a G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., p. 58.

¹²⁹ Il riferimento è a G. BRANCA, op. ult. cit., p. 69; nonché ad A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 329, n. 134.

¹³⁰ Si tratta degli opportuni rilievi di F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 638.

¹³¹ In tal caso, secondo L. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., p. 73 ss., la conoscibilità dovrebbe inevitabilmente essere subordinata alla autonoma trascrizione dell'obbligazione propter rem. Il che non significherebbe, tuttavia, che la pubblicità valga a rendere propter rem un'obbligazione personale o, meglio, a far acquistare al rapporto ob rem quell'inerenza che costituisce il proprium dei diritti reali, ma soltanto che un'obbligazione, purché propter rem, può essere opposta al terzo a condizione che il relativo atto costitutivo sia stato tempestivamente trascritto. Per una critica puntuale a tale ricostruzione si rinvia agli acuti rilievi di F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 634 ss.

¹³² Sul punto, ancora, F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 640. Invoca, invece, l'applicazione dell'art. 2645 c.c., U. NATOLI, *Della trascrizione*, in *Comm. cod. civ. UTET*, Libro VI. *Della tutela dei diritti*, Titolo I (Artt. 2643-2696), Torino, 1971, pp. 112-113.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA. VV., I contratti in generale (a cura di E. Gabrielli), in Tratt. dei contratti, diretto da P. Rescigno, tt. I-II, Torino, 1999
- AA. VV., Il contratto in generale (a cura di G. Alpa, G. Chiné, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli), in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, XIII, t. II, Torino, 2000
- AA. VV., Il contratto in generale (a cura di A. Checchini, M. Costanza, M. Franzoni, A. Gentili, F. Roselli, G. Vettori), in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, XIII, t. V, Torino, 2002
- AA.VV., I rapporti giuridici preparatori (a cura di F. Realmonte), Milano, 1996
- AA. VV., La concezione fascista della proprietà privata, Roma, 1939
- AA.VV., Vendita e trasferimento della proprietà, Atti del congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990, a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991
- ALLARA M., Le nozioni fondamentali del diritto civile, Torino, 1958
- ALPA G. e M. BESSONE, Poteri dei privati e statuto della proprietà, Padova, 1980
- ANELLI F., L'alienazione in funzione di garanzia, Milano, 1996
- ARANGIO RUIZ V., voce Ius in re aliena, in Dizionario pratico del dir. priv., fondato da V. Scialoia, vol. III, p. II, Milano, 1932-1936, p. 117 e ss.
- ARANGIO RUIZ V., voce Ius in rem o ad rem, in Dizionario pratico del dir. priv., fondato da V. Scialoia, vol. III, p. II, Milano, 1932-1936, p. 129 e ss.
- ARANGIO RUIZ V., La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana, in Foro it., 1934, IV, c. 49 ss.
- ARANGIO RUIZ V., La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano, in Arch. giur. "Filippo Serafini", 1908, 3ª serie, vol. X, p. 361 ss.

B

- BALBI G., Obbligazione reale, in Noviss. Dig. It., XI, Torino, 1965, p. 666 ss.
- BALLADORE PALLIERI G., Diritto soggettivo e diritto reale, in Jus, 1952, p. 1 ss.
- BARASSI L., Diritti reali e possesso, I, I diritti reali, Milano, 1952
- BARBERO D., Diritto soggettivo, in Foro it., 1939, IV, c. 2 ss.
- BARBERO D., Guerra e pace tra l' "interno" e l' "esterno" del diritto soggettivo, in Jus, 1952, p. 344 ss.
- BARBERO D., Il sistema del diritto privato italiano (a cura di A. Liserre e G. Florida), Torino, 1988
- BARBERO D., Tipicità, predialità ed indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù, nota a Pretura di Mantova, 24 maggio 1956, in Foro pad., 1957, I, c. 1043 ss.
- BARCELLONA P., Il problema del rapporto tra soggetto e ordinamento, in Studi in onore di S. Pugliatti, I, Milano, 1978, p. 64 ss.
- BELFIORE A., Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali, Milano, 1979
- BENEDETTI G., Dal contratto al negozio unilaterale, Milano, 1969
- BESTA E., I diritti reali sulle cose nel diritto italiano, Milano, 1964
- BETTI E., voce Dovere giuridico, in Enc.dir., XIV, Milano, 1965, p. 58 ss.
- BETTI E., Il negozio giuridico in una pubblicazione recente, in Giur. it., IV, 1947, p. 144 ss.
- BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, Torino, 1943, ma rist. corretta della 2ª ed., Napoli, 1994
- BIANCA C. M., Diritto civile, 3, Il contratto, Milano, 2ª ed, 2000
- BIANCA C. M., Diritto civile, 6, La proprietà, Milano, rist., 1999
- BIANCA C. M., Il principio del consenso traslativo, in Dir. priv., 1995, p. 5 ss.
- BIANCA C. M., La vendita e la permuta, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 2ª ed., 1993
- BIGLIAZZI GERI L., Oneri reali e obbligazioni propter rem, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni,, XI, 3, Milano, 1984

- BIGLIAZZI GERI L., Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XI, 1, Milano, 1979
- BIGLIAZZI GERI L., Mora del creditore, in Enc. giur., XX, Roma, 1990
- BIONDI B., I beni, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, IV, 1, Torino, 1953
- BIONDI B., Le donazioni, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, XII, 1, Torino, 1961
- BIONDI B., Oneri reali e obbligazioni propter rem, in Foro pad., 1953, I, c. 341 ss.
- BIONDI B., Le servitù, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, XII, Milano, 1967
- BISCONTINI G., Adempimento parziale e datio in solutum, in Rass. dir. civ., 1984, p. 613 ss.
- BOBBIO N., Teoria della norma giuridica, Torino, 1958
- BOCCHINI E., Limitazioni convenzionali del potere di disposizione, Napoli, 1977
- BOSSI C., voce Interesse e diritto, in Noviss. Dig. It., VIII, Torino, 1960, p. 848 ss.
- BRANCA G., Servitù prediali, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 1027-1099), Bologna-Roma, 5ª ed., 1979
- BRUGI B., Dell'enfiteusi, II, Napoli-Torino, 1929
- BURDESE A., Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali, in Riv. dir. civ., 1983, II, p. 226 ss.
- BURDESE A., Considerazioni in tema di diritti reali (a proposito di una recente monografia), in Riv. dir. civ., 1977, II, p. 307 ss.
- BUSNELLI F. D., La lesione del credito da parte dei terzi, Milano, 1964

C

- CALVO R., La proprietà del mandatario, Padova, 1996
- CAMMARATA A. E., Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica, in Formalismo e sapere giuridico. Studi, Milano, 1963, p. 345 ss.
- CAMMARATA A. E., voce Formalismo giuridico, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 1012 ss.
- CANNATA C. A., Le obbligazioni in generale. III. Mora del creditore, (con nota di aggiornamento di S. Cavanna), in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 9, I, Torino, 2ª ed., 1999, p. 172 ss.
- CARIOTA FERRARA L., Crisi della proprietà privata? in Riv. giur. edilizia, 1961, II, p. 217 ss.
- CARIOTA FERRARA L., Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1962
- CARIOTA FERRARA L., L'enfiteusi, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, Torino, 2ª ed., 1950
- CARIOTA FERRARA L., Scritti minori, Napoli, 1986
- CARNELUTTI F., Appunti sulle obbligazioni. Distinzione tra diritti reali e diritti di credito, in Riv. dir. comm., 1915, I, p. 527 ss.
- CARNELUTTI F., Teoria della circolazione, Padova, 1933
- CARNEVALI U., voce Negozio fiduciario, in Enc. giur. Treccani, XX, Roma, 1990
- CARRESI F., Il contratto, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXI, 1, Milano, 1987
- CASTIGNONE S., voce Realismo giuridico, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), XVI, Torino, 1997, p. 310 ss.
- CATERINI E., Il principio di legalità nei rapporti reali, Camerino, 1998
- CATTANEO G., Riserva della proprietà ed aspettativa reale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965, p. 945 ss.
- CATTANEO G., Mora del creditore, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1206-1217), Bologna-Roma, 1973
- CELESTE G., Beni culturali: prelazione e circolazione, in Riv. not., 2000, p. 1071 ss.
- CHIANALE A., Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà, Milano, 1990
- CHINÈ G., Consumatore (contratti del), in Enc. dir., IV (aggiornamento), Milano, 2000, p. 400 ss.

- CICALA F. B., *Il rapporto giuridico*, Milano, 4^a ed., 1959
- CICALA R., *Concetto di divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953
- CICALA R., *Divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni di "far godere". Necessità di uno (o più) dei locatori, proprietari pro diviso dell'immobile locato*, nota a Trib. Napoli, 16 dicembre 1952, in *Dir. giur.*, 1954, p. 306 ss.
- CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1968
- CICALA R., *L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui*, Napoli, 1961
- CICALA R., *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, rist., 1990
- CICORIA M., *Brevi note in tema di trust e tipicità dei diritti reali*, nota a Trib. Bologna, 30 settembre 2003, in *Gius. civ.*, 2004, I, p. 3191 ss.
- CIMMINO N. A., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 1113 ss.
- COGLIOLO P., *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 7^a ed. riv., 1940
- COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare ed mobiliare*, Milano, 1954
- COMPORTI M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977
- COMPORTI M., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1980
- COMPORTI M., *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 285 ss.
- COMPORTI M., *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 2^a ed., 2002
- CONTE, *Rapporto (Teoria del diritto come rapporto)* in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967
- COSTANTINO M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967
- COSTANTINO M., *La proprietà in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 7, I, Torino, 1982
- COSTANTINO M. – PARDOLESI R. – BELLANTUONO D., *Beni in generale, proprietà*, Bari, 1982
- COSTANZA M., *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 522 ss.
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981
- COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 423 ss.
- CUTURI T., *Della vendita, della cessione e della permuta*, 2a ed., in *Il dir. civ. it.*, a cura di P. Fiore e B. Brugi, XII, Napoli-Torino, 1923

D

- D'ASARO L., *La nozione di "realità" con particolare riguardo all'usufrutto*, in *Giur. agr. it.*, 1964, p. 475 ss.
- DATTILO G., *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 773 ss.
- DE GIOVANNI B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958
- DEL PRATO E., *I regolamenti privati*, Milano, 1988
- DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991
- DE MARTINO A., *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 957-1026), Bologna-Roma, 3^a ed., 1978
- DE MARTINO A., *Del possesso. Della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 1140-1172), Bologna-Roma, 5^a ed., 1984
- DE RUGGIERO R., *Storia del liberismo europeo*, Bari, 6^a ed., 1959
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974
- DI GIOVANNI F., *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992
- DI MAJO A., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988

- DI MAJO A., Delle obbligazioni in generale, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988
- DI MAJO A., Giusti motivi d'urgenza: atto secondo, il dolo del professionista, nota a Trib. Roma, 24 dicembre 1997
- DI MAIO A., La tutela civile dei diritti, III, Milano, 2^a ed., 1988
- DI MAJO A. – FRANCARIO L., Proprietà ed autonomia contrattuale, Milano, 1990
- DI MAJO GIAQUINTO A., L'esecuzione del contratto, Milano, 1967
- DONISI C., Il contratto con se stesso, Camerino-Napoli, 1982
- DONISI C., Il problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972
- DORIA G., Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente, Milano, 1994
- DUGUIT L., Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione individuale dello Stato, trad. it., Firenze, 1950

F

- FALZEA A., L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore, Milano, 1947
- FEDELE A., Il problema della responsabilità del terzo per il pregiudizio del credito, Milano, 1954
- FERRARA F. sr., Concetto e tipo dei diritti reali, in Scritti giuridici, II, p. 411 ss.
- FERRARA F. sr., Trattato di diritto civile italiano, I, Roma, 1921
- FERRARI F., Abstraktionprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobili. Una superabile divaricazione? , in Riv. dir. civ., 1993, I, p. 729 ss.
- FERRERI S., Le azioni reipersecutorie in diritto comparato, Milano, 1988
- FERRI G.B., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966
- FERRI G. B., Il negozio giuridico tra libertà e norma, Rimini, 1989
- FERRI G.B., Il negozio giuridico, Padova, 2001
- FERRI G. B., La cultura del civilista tra formalismo ed antiformalismo, in Riv. dir. comm., 1993, I, p. 157 ss.
- FERRI G. B., voce Parte del negozio giuridico (I. Parte), in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, p. 910
- FERRI L., La trascrizione immobiliare, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro sesto. Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2696), Bologna-Roma, rist., 1977
- FERRI L., Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare, in Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951, p. 353 ss.
- FERRONI L., Obbligazioni di fare ed eseguibilità, Camerino-Napoli, 1984
- FROSINI V., voce Diritto soggettivo, in Noviss. Dig. It, V, Torino, 1960, p. 1047 ss.
- FROSINI V., voce Esercizio del diritto, in Noviss. Dig. It, VI, Torino, 1960, p. 823 ss.
- FUNAJOLI C. A., La tradizione, Padova, 1942
- FUNAJOLI C. A., La cd. proprietà relativa, in Riv. dir. comm., 1950, I, p. 287 ss.
- FUNAJOLI C. A., Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione tra diritto reale e diritto di credito, in Giust. civ., 1953, I, p. 163 ss.
- FUSARO A., Obbligazione propter rem ed onere reale, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), XII, Torino, 1995, p. 390 ss.

G

- GABRIELLI E., Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento nella vendita di beni di consumo, in Giust. civ. 2005, 1, p. 3 ss.
- GABRIELLI G., Il contratto preliminare, Milano, 1970
- GABRIELLI G., Il rapporto giuridico preparatorio, Milano, 1974
- GABRIELLI G., Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema, in Riv. dir. civ., 1988, I, p. 433 ss.

- GALGANO F., Il negozio giuridico, in Tratt. dir. civ. comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, 1, Milano, 1988
- GALGANO F., Vendita (dir. priv.), in Enc. dir., XLVI, Milano, 1992, p. 498 ss.
- GALLO P. – NATUCCI A. (a cura), Beni, proprietà e diritti reali, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, VII, t. II, Torino, 2001
- GAMBARO A., Il diritto di proprietà, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995
- GAMBARO A., La proprietà. Beni, proprietà, comunione, Milano, 1990
- GAMBARO A., Segregazione e unità del patrimonio, Relazione al congresso nazionale dell'associazione "Il trust in Italia", Roma, 19 novembre 1999
- GANDOLFI G., Onere reale, in Enc. dir., XXX, Milano, 1980, p. 127 ss.
- GARBAGNATI E., Diritto subiettivo e potere giuridico, in Jus, 1941, p. 219 ss.
- GAZZONI F., La trascrizione immobiliare (Artt. 2643-2645-bis), I, in Cod. civ. Comm. a cura di P. Schlesinger, Milano, 2ª ed., 1998
- GAZZONI F., Manuale di diritto privato, 6ª ed., Napoli, 1996
- GAZZONI F., Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 52 ss.
- GENOVESE A., Le forme volontarie nella teoria dei contratti, Padova, 1949
- GENTILE F. S., La trascrizione immobiliare, Napoli, 1959
- GINOSSAR S., Droit réel, propriété et créance, Parigi, 1960
- GIORGI G., Teoria delle obbligazioni, 7a ed., IV, Firenze, 1925
- GIORGIANNI M., Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato, in Giust. civ., I, p. 64 ss.
- GIORGIANNI M., Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui, I, Milano, 1940
- GIORGIANNI M., Il diritto privato ed i suoi attuali confini, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1961, p. 391 ss
- GIORGIANNI M., L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni), I, Milano, (rist.) 1968
- GIORGIANNI M., Tutela del creditore e tutela "reale", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1975, p. 853 ss.
- GIORGIANNI M., voce Causa (dir. priv.), in Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 547 ss.
- GIORGIANNI M., voce Diritti reali (dir. civ.), in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1968, p. 752 ss.
- GIORGIANNI M., voce Forma degli atti giuridici (dir. priv.), in Enc. dir., Milano, 1968, XVII, p. 1003 ss.
- GIORGIANNI M., voce Obbligazione (dir. priv.), in Noviss. Dig. it., XI, Torino, 1968, p. 581 ss.
- GIORGIANNI M., voce Pagamento (dir. civ.), in Noviss. Dig. it., XII, Torino, 1965, p. 321 ss.
- GIORGIANNI V., L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963
- GIOVENE A., Il negozio giuridico rispetto a terzi, 2a ed., Torino, 1917
- GORLA G., Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I. Lineamenti generali, Milano, 1955
- GORLA G., L'interpretazione del diritto, Milano, 1941
- GRASSETTI C., Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento in Riv. dir. comm., 1936, I, p. 369 ss.
- GRASSO B., Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di P. PERLINGIERI, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1469), sub art. 1379, t. I, 2ª ed., Napoli, 1991, p. 590 ss.
- GRASSO B., Disposizione "novativa" del credito e risoluzione del contratto per inadempimento, in Rass. dir. civ., 1985, p. 39 ss.
- GRASSO B., Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali), Camerino-Napoli, 1973
- GRASSO B., Formalismo giuridico e sapere del civilista, in Rass. dir. civ., 1991, p. 343 ss.

- GRASSO B., Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti, Napoli, 2001
- GRAZIADEI M., Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà, in Riv. dir. civ., 1988, II, p. 119 ss.
- GRAZIADEI M., Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario, in Quadrimestre, 1990, p. 1 ss.
- GROSSI P., Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà, in Il dominio e le cose, Milano, 1992
- GROSSO G. e DEIANA G., Le servitù prediali, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, V, t. 1, Torino, 1963
- GUARINO G., Potere giuridico e diritto soggettivo, in Rass. dir. pubbl., 1949, I, p. 238 ss.
- GUGLIELMETTI G., I contratti normativi, Padova, 1969
- GUGLIELMETTI G., voce Contratto normativo, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1988, IX, p. 1 ss.

J-I

- JHERING R. v., Geist des römischen Rechts: auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig, 1865
- IANNELLI A., La proprietà costituzionale, Napoli, 1980
- IANNELLI, La nuova enfiteusi, Napoli, 1975

K

- KELSEN H., Teoria generale del diritto e dello Stato, trad. it. S. Cotta e G. Treves, 3a ed., Milano, 1959

L

- LA PORTA U., Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto, in Rass. dir. civ., 1993, p. 529 ss.
- LA PORTA U., Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale, Napoli, 1994
- LA PORTA U., Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive, Napoli, 1995
- LA PORTA U., Il problema della causa del contratto, I, La causa ed il trasferimento dei diritti, Torino, 2000
- LAZZARA G., Il contratto di locazione, Milano, 1961
- LUMINOSO A., La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento, Milano, 1972
- LUMINOSO A., La compravendita: corso di diritto civile, Torino, 3a ed., 2003

M

- MAIELLO U., L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi, Napoli, 1962
- MAIORCA S., Normativo (contratto), in Dig. disc. priv (Sez. civ.), Torino, 4a ed., 1995, XII, p. 169 ss.
- MAGRI M., La sovrapposizione di diritti reali tra tipicità ed atipicità, in Riv. not., 2002, p. 141
- MASI A., Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 2a ed., 2002
- MATTEI U., La proprietà, in Tratt. dir. civ., diretto da R. Sacco, I diritti reali, I, con la collaborazione di A. Chianale e R. Caterina, Torino, 2001
- MARTUCCELLI S., Situazioni di fatto e contitolarità del diritto, Milano, 2000
- MENGONI L., Conflitto tra locatari possessori successivi (art. 1380, comma 1°, c.c.), in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1948, p. 696 ss.
- MENGONI L., L'acquisto "a non domino", Milano, 1949
- MENGONI L., L'oggetto della obbligazione, in Jus, 1952, p. 156 ss.

- MENGONI L., Obbligazioni "di risultato" e "di mezzi" (studio critico), I, L'oggetto dell'obbligazione nelle due categorie di rapporti, in Riv. dir. comm., I, p. 185 ss.
- MESSINEO F., voce Contratto normativo e contratto tipo (XIV. Contratto), in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 116 ss.
- MESSINEO F., voce Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 166 ss.
- MESSINEO F., Manuale di diritto civile e commerciale, II, 1, 9ª ed., Milano, 1959
- MESSINETTI D., voce Abuso del diritto, in Enc. dir., II (aggiornamento), Milano, 1998, p. 1 ss.
- MESSINETTI D., Oggettività giuridica delle cose incorporali, Milano, 1970
- MIELE G., Potere, diritto soggettivo e interesse, in Riv. dir. comm., 1944, I, p. 114 ss.
- MIRABELLI G., Dei contratti in generale, in Comm. cod. civ. UTET, Libro IV. Delle obbligazioni. Titolo II (Artt. 1321-1469), Torino, 3ª ed., 1980
- MIRABELLI G., La locazione, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, VII, t. 4°, Torino, 1972
- MONATERI P. G., La sineddoche. Formula e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, Milano, 1985
- MORELLO U., Multiproprietà e autonomia privata, Milano, 1984
- MOSCARINI L. V., I negozi a favore di terzo, Milano, 1970
- MOSCARINI L. V., Il contratto a favore di terzi (Artt. 1411-1413), in Cod. civ. Comm. a cura di P. Schlesinger, Milano, 1997

N

- NATOLI U., Della trascrizione, in Comm. cod. civ. UTET, Libro VI. Della tutela dei diritti, Titolo I (Artt. 2643-2696), Torino, 1971
- NATOLI U., Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile, Milano, 1950
- NATOLI U., Il diritto soggettivo, Milano, 1943
- NATOLI U., L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, Milano, 1974
- NATOLI U., L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Tratt. dir. civ. comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, 2, Milano, 1984
- NATOLI U., Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958, p. 18 ss.
- NATOLI U., La proprietà. Appunti dalle lezioni, I, Milano, 1976
- NATUCCI A., La tipicità dei diritti reali, Padova, 2ª ed., 1988
- NICOLÒ R., voce Adempimento, in Enc. dir., I, Milano, 1959, p. 554 ss.
- NICOLÒ R., L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui, Milano, 1936
- NICOLÒ R., La trascrizione, Milano, 1973

O

- ORESTANO R., Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale, in Jus, 1960, p. 149 ss.
- ORLANDO CASCIO S., voce Enfiteusi (dir. priv.), in Enc. dir., XIV, Milano, 1965, p. 937 ss.
- ORLANDO CASCIO S., voce Abitazione (diritto di), in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 94 ss.
- OSTI G., Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, p. 592 ss.
- OSTI G., Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione, in Riv. dir. civ., 1918, p. 448 ss.

P

- PACCHIONI G., Trattato delle obbligazioni. Introduzione, Torino, 1927

- PALERMO G., Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme), in Studi in onore di P. Rescigno, V, Milano, 1998, p. 339 ss.
- PALERMO G., Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto, Milano, 1974
- PALERMO G., Contratto preliminare, Padova, 1991
- PALERMO G., Funzione illecita e autonomia privata, Milano, 1970
- PALERMO G., La superficie, L'enfiteusi, L'usufrutto, L'uso, L'abitazione, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 2ª ed., 2002
- PASETTI BOMBARDELLA G., voce Superficie (dir. priv.), in Enc. dir., XLIII, Milano, 1990, p. 1471 ss.
- PATTI S., voce Abuso del diritto, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), I, Torino, 4ª ed., 1987, p. 1 ss.
- PELOSI A. C., voce Aspettativa di diritto, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), I, Torino, 4ª ed., 1987, p. 465 ss.
- PELOSI C. A., La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato, Milano, 1975
- PERLINGIERI P. (a cura di), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1469), t. I, 2ª ed., Napoli, 1991
- PERLINGIERI P., Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1230-1259), Bologna-Roma, 1975
- PERLINGIERI P., Introduzione alla problematica della proprietà, Napoli, 1971
- PERLINGIERI P., Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire", Napoli, 1966
- PETRONE M., Multiproprietà, individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici. Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica,, Milano, 1985
- PISCHETOLA A., Circolazione dei beni culturali e riflessi sull'attività notarile, in Notariato, 2005, 5, p. 505 ss.
- PLAIA A., voce Usufrutto, uso, abitazione, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), XIX, Torino, 4ª ed., 1999, p. 578 ss.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris, 1896
- POLLICE P., Introduzione allo studio dei diritti reali. Appunti dalle lezioni, Torino, 1999
- PROTO PISANI A., Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, in Dir. e giur., 1978, p. 1 ss.
- PUCHTA G. F., Corso delle istituzioni presso il popolo romano, trad. it. a cura di A. Rurdorff, I, 5ª ed., Milano-Verona, 1858
- PUGLIATTI S., La giurisprudenza come scienza pratica, in Riv. it. per le scienze giuridiche, 1950, p. 50 ss.
- PUGLIATTI S., La trascrizione. La pubblicità in generale, in Tratt. dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV, 1, Milano, 1957
- PUGLIATTI S., La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale (aggiornato da Giacobbe e La Torre), in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XIV, 2, Milano, 1989
- PUGLIATTI S., Considerazioni sul potere di disposizione, in Riv. dir. comm., 1940, I, p. 529 ss.
- PUGLIATTI S., Esecuzione forzata e diritto sostanziale, Milano, 1935
- PUGLIATTI S., Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi, Milano, 1951
- PUGLIATTI S., Il trasferimento delle situazioni soggettive, I, Milano, 1964
- PUGLIATTI S., Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile, in Riv. dir. agr., 1939, I, p. 33 ss.
- PUGLIATTI S., La proprietà nel nuovo diritto, Milano, rist., 1964
- PUGLIATTI S., voce Acquisto del diritto, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 509 ss.
- PUGLIATTI S., voce Beni (I. Teoria generale), in Enc. dir., V, Milano, 1959, p. 734 ss.
- PUGLIATTI S., voce Cosa (I. Teoria generale), in Enc. dir., XI, Milano, 1962, pp.
- PUGLIATTI S., voce Esercizio del diritto (dir. priv.), in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 622 ss.
- PUGLIESE G., Della superficie, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 810-956), Bologna-Roma, 4ª ed. rist., 1979

PUGLIESE G., Usufrutto, uso e abitazione in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, IV, t. 5, Torino, 1972
 PUGLIESE G., voce Diritti reali (VII. Diritti soggettivi, b), in Enc. dir., XII, Milano, 1964, p. 755 ss.

R

RAVÀ T., Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione, in Banca, borsa tit. cred., 1953, I, p. 1 ss.
 REALMONTE F., Formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, in Tratt. dir. priv. diretto da M. Bessone, XIII, t. 2, Torino, 2002
 REDENTI E., Il diritto civile con pluralità di parti, Milano, rist. (1ª ed. 1911), 1960
 RESCIGNO P., L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 217 ss.
 RESCIGNO P., Per uno studio sulla proprietà, in Riv. dir. civ., 1972, p. 30 ss.
 RESCIGNO P., Proprietà, diritto reale e credito, in Jus, 1965, p. 472 ss.
 RODOTÁ S., Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata, Bologna, 1982
 RODOTÁ S., Note critiche in tema di proprietà, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, p. 1253 ss.
 RODOTÁ S., voce Dazione in pagamento (diritto civile) in Enc. dir., XI, Milano, 1962, p. 734 ss.
 RODOTÁ S., voce Proprietà (diritto vigente), in Noviss. Dig. It., Torino, 1967, p. 125 ss.
 ROMANO FR., Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale, Napoli, 1967
 ROMANO Salv., voce Abuso del diritto, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 166 ss.
 ROMANO Salv., Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1955., p. 1009 ss.
 ROMANO Salv., Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato, Milano, 1961
 ROMANO Santi, Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, rist., 1983,
 ROMANO Santi, Osservazioni sulla efficacia della legge, in Riv. it. per le scienze giuridiche, 1947, p. 67 ss.
 ROPPO E., Contratto, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), IV, Torino, 4a ed., 1989, p. 87 ss.
 RUBINO D., La compravendita, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 2a ed., 1982
 RUBINO D., L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956
 RUSCELLO F., I regolamenti di condominio, Milano, 1980

S

SACCO R. e DE NOVA G., Il contratto, in Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco, t. 2, Torino, 3ª ed., 2004
 SACCO R. e DE NOVA G., Obbligazioni e contratti, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 10, II, Torino, 2ª ed., 2001, p. 25 ss.
 SACCO R., Circolazione giuridica, in Enc. dir., VII, Milano, 1960, p. 4 ss.
 SACCO R., La proprietà, Torino, 1968
 SACCO R., Modificazione (soggettiva) della proprietà e "dissociazione del diritto" in Studi in onore di G. Scaduto, III, Padova, 1979, p. 119 ss.
 SACCO R., Principio consensualistico ed effetti del mandato, nota a Cass. 10 maggio 1965, n. 879, in Foro it., 1966, I, c. 1384 ss.
 SACCO R., voce Possesso, in Enc. dir., XXXIV, Milano, 1985, p. 104 ss.
 SACCO R., Il possesso, in Tratt. dir. civ. e comm., già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988
 SALAMONE L., La cd. proprietà del mandatario, in Riv. dir. civ., 1999, I, p. 77 ss.
 SALIS L., La superficie, in Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli, IV, 3, Torino, 2ª ed., 1958

- SALIS L., voce Superficie (diritto vigente), in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1977, p. 944 ss.
- SALVADOR G., Atto costitutivo di consorzio di urbanizzazione, in *Notariato*, 2003, 4, p. 393 ss.
- SALVI C., Il contenuto del diritto di proprietà (Artt. 832-833), in *Cod. civ. Comm.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1994
- SANGIORGI S., Regolamento contrattuale e diritti reali, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXXV, Palermo, 1975, p. 5 ss.
- SANTORO PASSARELLI F. (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976
- SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 953 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., rist., 1997
- SANTORO PASSARELLI F., voce Diritti assoluti e relativi (VII. Diritti soggettivi, a), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748 ss.
- SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999
- SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, Torino, 1889
- SCALISI V., voce Inefficacia (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322 ss.
- SCHLESINGER P., Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 1273 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (Artt. 1321-1352), Bologna-Roma, 1970
- SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Negozio giuridico (I, Profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990
- SCOZZAFAVA O. T., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982
- STANZIONE P., *Rapporto giuridico*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986
- STOLFI G., *Appunti sul cd. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 4 ss.
- STOLFI G., *Il negozio giuridico è un atto di libertà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 3 ss.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, rist., 1961

T

- THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 1^a trad. annotata, Padova, 1939
- TILOCCA E., La distinzione tra diritti reali e diritti di credito, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 6^a serie, vol. VII, 1950, p. 11 ss.
- TILOCCA E., Il fondamento della distinzione tra diritti reali e diritti personali, in *Circ. giur.*, 1947, p. 136 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 37^a ed., 1997
- TREVES R., *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Torino, 1934
- TRIFONE R., *Dell'enfiteusi*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III. Della proprietà (Artt. 957-1026), Bologna-Roma, 3^a ed., 1978
- TRIOLA R., voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1992
- TROISI B., La prelazione volontaria come regola privata integrativa del procedimento di formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 580 ss.
- TROISI B., voce *Negozio giuridico (II, Negozio astratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990
- TROP LONG R., *Della vendita. Commentario sul titolo VI, Libro III del codice civile*, trad. it. V. De Matteis, Napoli, 1854

V

- VARRONE C., Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, Napoli, 1968
- VASSALLI Fil., Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato, in Studi giuridici, II, Milano, 1970
- VASSALLI Fil., Resoconto dei lavori della Sottocommissione Coviello, in Riv. dir. civ., 1939, p. 134 ss.
- VERDE G., Profili del processo civile, 1. Parte generale, Napoli, 5ª ed., 1999
- VENEZIAN G., Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, in Tratt. dir. civ. it., diretto da Fiore, I, Napoli-Torino, 2ª ed. postuma a cura di G. Osti, 1931
- VENDITTI A., Il codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni in Notariato, 2004, 3, p. 301 ss.
- VETTORI G., Consenso traslativo e circolazione dei beni, Milano, 1995
- VISALLI N., Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974
- VITUCCI P., Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù, in Riv. dir. agr., 1972, I, p. 896 ss.
- VITUCCI P., Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù, Milano, 1974

W-Z

- WINDSCHEID B., Diritto delle pandette, 1ª trad. it., con note a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1902
- ZACCARIA A., La prestazione in luogo di adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto, Milano, 1987
- ZACCARIA A. e DE CRISTOFARO G., La vendita dei beni di consumo - Commento agli art. 1519 bis-1519 nonies c.c. introdotti con il d.leg. 2 febbraio 2002 n. 24 in attuazione della direttiva 1999/44/Ce, Padova, 2002
- ZACCHEO M., Gestione fiduciaria e disposizione del diritto, Milano, 1994

SOMMARIO

CAPITOLO I

IL DIRITTO REALE NEL SISTEMA DEL DIRITTO SOGGETTIVO

1. Enunciazione dell'istanza metodologica fondamentale consistente nel sottoporre a revisione critica il diffuso orientamento dottrinale di cieca fedeltà alle categorie pandettistiche delle situazioni giuridiche soggettive. Negazione di ogni costruzione ontologica del diritto soggettivo che esprime non altro che la figura di qualificazione creata dall'ordinamento in presenza dell'interesse di un soggetto al bene, reputato meritevole di tutela..... p. 3
2. La vicenda concettuale del diritto soggettivo, in generale, e del diritto reale, in particolare ovvero "guerra e pace" tra l'interno e l'esterno del diritto soggettivo. La principale stortura del concettualismo, che, da un lato, ha indotto a costruire la figura del diritto soggettivo sullo schema del diritto di proprietà e, dall'altro, attraverso un'inversione del processo logico deduttivo, ha fatto sì che lo stesso concetto di diritto soggettivo, così costruito, influenzasse la successiva elaborazione della categoria dei diritti reali limitati..... p. 5
3. "Alla ricerca" di una soluzione all'enigma dei diritti reali. Impostazione del problema: : a) se il concetto di diritto reale possa essere costruito su quello di diritto assoluto ovvero se possa essere ravvisata in ogni fattispecie di diritto reale una situazione giuridica concretantesi nel generale dovere di astensione a carico degli omnes; b) se, per converso, si possa operare una ricostruzione del diritto reale in termini di potere immediato, signoria avente ad oggetto una cosa. La critica alle concezioni personalistiche del diritto reale: la difficoltà di concepire un rapporto giuridico con gli omnes ovvero di identificare i soggetti giuridici del rapporto reale; di delineare l'esatta struttura ed il contenuto della situazione giuridica gravante sui soggetti passivi; di accertare l'esistenza di un legame di complementarità tra le due situazioni giuridiche, attiva e passiva; di rintracciare il proprium del dovere di astensione rispetto alla generale regola di condotta concretatesi nel divieto del *neminem laedere*..... p. 14
4. Il fondamentale contributo del formalismo giuridico in ordine al superamento delle suggestioni esercitate dalla Pandettistica e all'abbandono di ogni tentativo di costruzione ontologica del diritto soggettivo: la funzione della norma positiva come criterio esclusivo di regolarità formale dei comportamenti, fonte di qualificazione di fatti e comportamenti e non già come presupposto di comandi e divieti. La critica alle concezioni tese a valorizzazione il profilo contenutistico del diritto reale in termini di agere licere..... p. 25
5. Continua: la critica alla concezione del diritto reale come situazione complessa, sintesi di diritti ed obblighi, che si esprime nella relazione qualificata di utilità tra soggetto e cosa. La vicenda concettuale della funzione sociale della proprietà:

potestà	e	diritto	
soggettivo.....			p. 31
6. Esposizione dell'ipotesi ricostruttiva adottata nella soluzione all'enigma dei diritti reali: a) necessità di distinguere, in relazione a ciascuna situazione giuridica soggettiva, il profilo formale della fattispecie o figura di qualificazione il cui momento di emersione va ravvisato nel riconoscimento da parte dell'ordinamento di un potere di agire diversamente strutturato alla stregua del parametro dell'interesse preso in considerazione – al conseguimento di un bene da utilizzare come risultato dell'altrui attività ovvero alla utilizzazione attiva del bene – ed il profilo del regolamento del contenuto e dell'esercizio del potere in funzione di composizione ed organizzazione degli interessi antagonisti in ordine al bene che ne forma oggetto.....			p. 47
7. Continua: in particolare, l'inerenza come criterio qualificante della realtà, intesa nella sua essenza elementare, libera cioè dalle sovrastrutture concettuali tradizionali, come espressione della pura aderenza, permanenza, del diritto sul bene e quindi dell'idea che il potere e le sue vicende siano in funzione del bene e delle sue vicende. I corollari dell'inerenza. Coerente sistemazione dei diritti reali di garanzia e del diritto del conduttore alla luce della proposta ricostruttiva adottata.....			p. 53
8. Continua: b) possibilità di rintracciare in tutti i diritti reali limitati un aspetto relazionale costante che collega il potere di utilizzazione del titolare del diritto reale limitato con la corrispondente limitazione originatasi in capo al proprietario al fine di consentire la costituzione del primo: la conformazione del contenuto del diritto reale limitato si pone come il risultato del temperamento degli opposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene. La regolamentazione, legale o convenzionale, del contenuto dei diritti reali non è che il regolamento di tale relazione di reciproca funzionalità tra situazioni giuridiche che esprimono contrapposti interessi in ordine all'utilizzazione del medesimo bene.....			p. 65

CAPITOLO II

REGOLAMENTO NEGOZIALE DEI DIRITTI REALI

1. I limiti di operatività dell'autonomia privata nel regolamento dei diritti reali. Impostazione del problema. Il condizionamento esercitato sulla soluzione del problema dal modo tradizionale di concepire i diritti reali.....	p. 73
2. Carattere preliminare dell'analisi relativa alla identificazione dei "tipi" di diritti reali. Revisione critica dell'impostazione che costruisce il tipo come schema normativo dotato di un contenuto essenziale e naturale alla stregua delle categorie dogmatiche elaborate in ambito contrattuale.....	p. 76
3. Individuazione del tipo di diritto reale nel particolare rapporto tra il bene ed il potere di utilizzazione del titolare.....	p. 84

4. Il principio di tipicità dei diritti reali come regola tecnica derivante dalla inidoneità del contratto a creare forme o figure di qualificazione. L'essenza di valore del contratto come regolamento dei rapporti tra situazioni di interesse. Emersione della rilevanza del contratto nell'ambito dei diritti reali come strumento di organizzazione di interessi in conflitto in ordine alla utilizzazione dei beni: la sua funzione non si esaurisce nella costituzione o nel trasferimento delle situazioni reali ma si estende alla programmazione del loro contenuto attraverso la disciplina delle relazioni e/o interferenze tra attività giuridicamente rilevanti in ordine al bene..... p. 89
5. Continua: revisione critica dell'impostazione che riferisce il regolamento all'esercizio del diritto reale, che attiene invece alla fase della attuazione del programma di utilizzazione del bene: l'esercizio del diritto è il momento dinamico del diritto, non il progettare ma il proiettarsi del soggetto nel mondo della azione giuridica..... p. 99
6. Le modalità tecniche attraverso le quali si realizza tale programmazione. Esclusione della correttezza metodologica delle ipotesi ricostruttive che esauriscono nell'obbligazione lo strumento idoneo ad esprimere tale regolamento, che si inseriscono nel solco di quell'orientamento dottrinale che, pur facendo emergere il profilo relazionale costante dei diritti reali, hanno finito con l'instillare tale relazione in termini di rapporto obbligatorio..... p. 120
7. La programmazione dei diritti reali si estrinseca innanzitutto nella configurazione delle attività giuridicamente rilevanti in termini di utilizzazione del bene. L'obbligo come strumento che consente di garantire la perfetta corrispondenza tra programmazione e attuazione del contenuto del diritto reale, come trait d'union tra potere di utilizzazione e suo esercizio..... p. 126